

MASTER'S THESIS

Strafrechtelijke immuniteit, slaat het EVRM een bres in de Nederlandse resistentie?

Een onderzoek naar de huidige Nederlandse stand van zaken van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen ten opzichte van de positieve verplichtingen ingevolge artikel 2 EVRM

Willigenburg, G.W.

Award date:
2020

Awarding institution:
Department of Criminal Law, International Law and European Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 05. May. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



Strafrechtelijke immuniteit, slaat het EVRM een bres in de Nederlandse resistentie?

Een onderzoek naar de huidige Nederlandse stand van zaken van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen ten opzichte van de positieve verplichtingen ingevolge artikel 2 EVRM

Naam: G.E. Willigenburg LLB

Begeleider: mevrouw mr. dr. A.J.H. de Bruijn

Examinator: de heer mr. dr. S. Brinkhoff

Woord vooraf

***'Sure know something'*¹**

'I've been up and down, I've been all around

I was mystified, almost terrified

But late at night I still hear you call my name

I've been on my own, I've been all alone

I was hypnotized, I felt paralyzed

But late at night I still want you just the same (...)'

De studie rechtsgeleerdheid aan de Open Universiteit (OU) die uiteindelijk heeft geleid tot deze scriptie heeft mijns inziens grote overeenkomsten gehad met de rockklassieker *'Sure know something'* van *'Kiss'* uit 1979. Gezien deze titel wist ik 'iets' zeker, namelijk dat ik deze studie wilde afmaken. Door dit 'willen' bleef de studie gedurende vele jaren mijn naam 'roepen', maar soms ook beangstigen, verlammen of tergend verleiden. Enkel door gestaag doorgaan en volhouden in combinatie met: het geduld, de glimlach, knuffels en grenzeloze logistieke steun van mijn Marije, *'I sure know'* dat het goed ging komen. Jasper, Bente en Rutger, ik hoop dat deze soms nietszeggende quote evenveel waarde gaat krijgen voor jullie op momenten dat school even tegenzit. Besef tegelijkertijd dat – wanneer je antwoorden zoekt op vragen – het kan zijn dat *'Sure know'*, ook kan ontaarden in oneindigheid veel méér vragen.

Ik wil op deze plaats mijn scriptiebegeleidster mevrouw mr. dr. A.J.H. (Mandy) de Bruijn van de OU bedanken. Zij leerde mij tijdens het schrijven van deze scriptie – door haar opmerkingen en verdiepingsvragen – dieper na te denken over de wijze waarop ik mijn soms onnavolgbare gedachtesprongen diende te structureren.

¹ *'Sure know something'*, Kiss 1979.

Inhoud

1.	Inleiding	5
1.1	Aanleiding	5
1.2	Doelstelling	7
1.3	Onderzoeksvraag	8
1.4	Leeswijzer	10
2.	Strafrechtelijk vervolgen van publiekrechtelijk rechtspersonen	11
2.1	Historisch perspectief	11
2.2	Strafrechtelijke immuniteit	11
2.3	De Staat	13
2.4	Decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen	14
2.5	Feitelijk leidinggeven en gezagsdragers	18
2.6	Strafrechtelijke immuniteit versus exclusieve taken	19
3.	Het recht op leven (artikel 2 EVRM), positieve verplichtingen en strafrechtelijke immuniteit	21
3.1	Het recht op leven volgens artikel 2 EVRM	21
3.2	Positieve verplichtingen volgens artikel 2 EVRM	21
3.2.1	<i>Positieve verplichtingen artikel 2 EVRM, voorwaarden en criteria ..</i>	<i>25</i>
3.2.2	<i>Positieve verplichtingen artikel 2 EVRM, reikwijdte</i>	<i>27</i>
3.3	Het recht op leven volgens artikel 2 EVRM en strafrechtelijke immuniteit	30
4.	Het Wetsvoorstel Segers	34
4.1	Aanleiding	34
4.2	Gelijkheidsbeginsel versus strafrechtelijk immuniteit	35
4.3	Bijzondere strafuitsluitingsgrond	40
4.4	Bijzondere strafuitsluitingsgrond en de positie van de individuele ambtenaar	44
5.	Strafrechtelijke immuniteit en gezagsdragers	46
5.1	Inleiding	46
5.2	Definiëring gezagsdrager	47

5.3	Daderschap gezagsdragers.....	48
5.3.1	<i>Feitelijk leidinggever</i>	48
5.3.2	<i>Kennisvereiste feitelijk leidinggever</i>	49
5.4	Reikwijdte van daderschap en vervolging van gezagsdragers	50
5.5	Daderschap en vervolging van decentrale gezagsdragers	51
5.6	Daderschap en vervolging van centrale gezagsdragers	53
5.6.1	<i>Rol OM bij vervolging centrale gezagsdragers</i>	54
5.6.2	<i>Vervolging centrale gezagsdragers, feitelijke strafrechtelijke immunteit?</i>	54
6.	Recapitulatie en conclusie.....	57
6.1	Inleiding	57
6.2	Recaputlatie	57
6.3	Conclusie	61
	Geraadpleegde literatuur	63

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Uit de wetshistorie blijkt dat het een langgekoesterde wens is om de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen op te heffen.² Het initiatiefwetsvoorstel van de Tweede Kamerleden Recourt, Oskam en Segers³ (hierna: Wetsvoorstel Segers) leek hierin te voorzien en een doorbraak te betekenen. Het wetsvoorstel beoogde de afstand tussen de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een publiekrechtelijke als – *lex specialis* – en civiele rechtspersonen te verkleinen doordat het credo ‘gelijke monniken, gelijke kappen’ werd gehanteerd.⁴

Ondanks het feit dat het wetsvoorstel op 10 november 2016 met slechts één stem verschil werd verworpen door de Eerste Kamer blijkt uit een onlangs gewezen arrest *Stichtse Vecht*⁵ van de Hoge Raad (hierna: HR) dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van een publiekrechtelijk rechtspersoon heden ten dagen nog steeds in de schijnwerpers staat. In dit arrest werd kort gezegd beslist dat vervolgbaarheid van een gemeente aan de orde is wanneer deze nalatig is geweest een besluit te nemen. Andere actuele voorbeelden waarin strafrechtelijke aansprakelijkheid van een publiekrechtelijk rechtspersoon wordt geclaimd zijn vermeende grove fouten tijdens militaire missies; ‘mortierongeluk’ in Mali⁶ en het ‘friendly fire-incident’ in Uruzgan.⁷ Nabestaanden van omgekomen Nederlandse militairen menen zelfs dat er ‘koppen moeten rollen’ en deden daarom aangifte tegen het Ministerie van Defensie.

² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 538 nr. 1, p. 1-2.

³ *Kamerstukken II* 2012/13, 30 538 A (Initiatiefwetsvoorstel van de leden Recourt, Oskam en Segers); *Kamerstukken II* 2007/08, 30 538 nr. 4 (initieel initiatiefwetsvoorstel van het lid Wolfsen); *Kamerstukken II* 2005/06, 30 538 nr. 1, p. 8.

⁴ *Kamerstukken II* 2012/13, 30 538 nr. 15, p. 4.

⁵ HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:236, *NJ* 2018/134, m.nt. Keijzer (*Stichtse Vecht*); Hornman 2019, p. 722-728.

⁶ M. Misérus en N. Righton ‘Er moeten koppen rollen, vinden ze: nabestaanden omgekomen militairen doen aangifte tegen Defensie’, de Volkskrant.nl 21 maart 2018.

⁷ O. van Tolen, ‘Claim om Uruzgan, familie gedode militair stelt Defensie aansprakelijk na grove fouten’, Telegraaf 10 augustus 2019.

Door het Wetsvoorstel Segers leek de rechtsongelijkheid tussen civielrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen te worden opgeheven. Ongelijkheid lijkt te ontstaan wanneer tegen een civiel rechtspersoon wel een strafrechtelijk onderzoek wordt gestart en – bij gelijklopende feiten en of omstandigheden – tegen publiekrechtelijke rechtspersonen niet.⁸ Deze ongelijkheid wordt verder versterkt wanneer een publiekrechtelijk rechtspersoon redelijkerwijs op de hoogte kan zijn van ernstige gezondheidsrisico's en niets onderneemt om een gevaar af te wenden.⁹ Dit leek zich onder andere voor te doen bij het bovenomschreven noodlottige mortierongeluk in Mali en het dodelijk *friendly fire*-incident in Uruzgan.¹⁰ Voorafgaand aan het hiervoor genoemde mortierincident was binnen het ministerie van Defensie de ondeugdelijkheid van de door de militairen gebruikte mortiergranaten bekend. Bij nabestaanden en slachtoffers van het *friendly fire*-incident rees bovendien het vermoeden dat Defensie wist of had moeten weten van de slechte training van de uit te zenden militairen. Desalniettemin – zo stellen de nabestaanden en slachtoffers – werden er geen aanvullende maatregelen getroffen door dit ministerie voor extra training van de uit te zenden militairen om risico's te verkleinen.¹¹

Het Wetsvoorstel Segers kwam voort uit de maatschappelijke wens dat aan de ene kant van de overheid wordt verwacht dat zij het algemeen belang behartigt en hierbij een voorbeeldfunctie heeft en aan de andere kant, zichzelf niet buiten schot zou mogen blijven wanneer tijdens het uitvoeren van deze taak de wet wordt overtreden.¹² Jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) lijkt voor deze wens sinds het arrest *Öneryildiz/Turkije* een startpunt te zijn.¹³

⁸ R. Clevers 2018, 'Strafrechtelijke onderzoek naar Tilburgs chroom 6 schandaal', AD.nl 21 november 2018; *Kamerstukken II* 1996/97, 25 294, nr.5, p. 4.

⁹ D. Kuipers, 'Defensie weet al kwart eeuw van strafbare feiten rond chroom-6', Follow the money.nl 28 juli 2018; O. van Joolen 2018, 'Nieuwe onthullingen over eigen vuur doden Uruzgan' De Telegraaf.nl 29 maart 2019; Barentsen en Van de Bunt 2016, p. 3166-3174.

¹⁰ O. van Joolen, 'Claim om Uruzgan, Familie gedode militair stelt Defensie aansprakelijk na grove fouten', De Telegraaf 10 augustus, p. 1-3.

¹¹ 'Militairen incident Uruzgan niet genoeg getraind', NRC.nl 13 januari 2018; H. Bahara, 'Nabestaanden van in Uruzgan omgekomen militair houden Defensie verantwoordelijk', De Telegraaf.nl 10 augustus 2019; O. van Joolen, 'Korte training missie werd militairen fataal', De Telegraaf.nl 13 januari 2018; 'Schadevergoeding Defensie na dood militairen in Afghanistan door eigen vuur', AD.nl 13 februari 2020.

¹² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 538 nr. 3, p. 1 (MvT); *Kamerstukken II* 2008/09, 30 538 nr. 11, p. 1.

¹³ EHRM 20 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641 (*Öneryildiz/Turkije*).

In dit arrest werd beslist dat ingevolge artikel 2 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) verplichtingen voortvloeien die kunnen leiden tot het vervolgen en straffen van strafbare handelingen verricht door een publiekrechtelijk rechtspersoon.

1.2 Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is om te bepalen of de huidige Nederlandse strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen overeenkomt met de uit artikel 2 EVRM voortvloeiende plicht tot opsporen, vervolgen en straffen van gepleegde levensdelicten.

Het EVRM stelt in artikel 2 als basis dat een Staat de plicht heeft om het recht op leven te beschermen door wetgeving. Echter, wanneer de Staat, provincies, gemeenten of andere ingevolge artikel 2:1 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) aangewezen publiekrechtelijke rechtspersonen zich schuldig maken aan strafbare feiten, genieten zij – bij het uitvoeren van een exclusieve overheidstaak – volgens het huidige Nederlandse recht immuniteit. Hierdoor lijkt discrepantie te ontstaan tussen EHRM-jurisprudentie en de huidige Nederlandse wetgeving en jurisprudentie. Het EHRM acht publiekrechtelijke rechtspersonen aansprakelijk, terwijl de Nederlandse wetgeving hen immuniteit verschaft. Het Wetsvoorstel Segers trachtte hierin verandering te brengen doordat strafrechtelijke immuniteit voor publiekrechtelijke rechtspersonen werd opgeheven en doordat voor deze entiteiten een bijzondere strafuitsluitingsgrond werd geformuleerd. Deze uitsluitingsgrond lijkt overbodig en – in strijd met het EHRM – de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen per definitie uit te sluiten. Hierdoor kan de vraag rijzen of het wetsvoorstel überhaupt een oplossing zou hebben geboden. Ogenschoon lijkt de voorgenomen uitsluitingsgrond eveneens een belemmering te zijn voor het verrichten van effectief onderzoek om verantwoordelijken van een gepleegd strafbaar feit door een publiekrechtelijk rechtspersoon te identificeren, te vervolgen, teneinde te bestraffen.

Door de plicht die voortvloeit uit artikel 2 EVRM en het verworpen wetsvoorstel, alsmede de bijzondere uitsluitingsgrond met elkaar in verband te brengen wordt in deze scriptie vooruit gekeken. Met name rijst de vraag in hoeverre een eventueel gelijkkluidend toekomstig wetsvoorstel binnen de thans geldende strafrechtelijke onderzoeks- en vervolgingsmogelijkheden van publiekrechtelijke rechtspersonen en haar gezagsdragers doel treft. Dit geldt in het bijzonder voor de ingevolge artikel 2 EVRM geldende positieve verplichting van een Staat tot het verrichten van effectief strafrechtelijk onderzoek.¹⁴

1.3 Onderzoeksvraag

Duidelijk is dat discussie bestaat, zowel in de literatuur¹⁵ als in de media¹⁶ en jurisprudentie, ¹⁷ over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen. Gezien het in 2015 gestrande Wetsvoorstel Segers kan de huidige strafrechtelijke immuniteit als onwenselijk worden beschouwd, anders had de regering destijds niet gekozen voor verandering. Echter, wanneer de inhoudelijke bepalingen van het verworpen wetsvoorstel nader worden bekeken kan worden betwijfeld of het tot een daadwerkelijke verandering zou gaan leiden.

Het hiervoor geschetste probleem – het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit enerzijds en het creëren van een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor publiekrechtelijke rechtspersonen anderzijds – maken deel uit van het onderwerp van onderzoek van deze scriptie. Daarbij komt onder andere aan de orde op welke wijze het wetsvoorstel effectief zou zijn geweest voor opsporing en vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen en tegelijkertijd of het wetsvoorstel voldoet aan de criteria die artikel 2 EVRM met zich mee brengt ten aanzien van de verplichting van een Staat tot het beschermen van het recht op leven.

¹⁴ EHRM 20 november 2014, ECLI:NL:XX:2014:543 (*Jaloud/Nederland*); EHRM 20 november 2014, ECLI:NL:XX:2014:543, NJ 2015/142, m.nt. Keijzer (*Jaloud/Nederland*).

¹⁵ Crince le Roy en Wijling 2018, p. 222-232; Sikkema 2007, p. 411-439.

¹⁶ B. Dirks, 'Wie durft straks nog een vergunning af te geven', de Volkskrant.nl 27 oktober 2015; S. Kortmann, 'De overheid voor het (straf)hekje?', Stibbelog.nl 27 oktober 2015; J. Verlaan 2005, 'De ambtenaar kan zich niet meer verschuilen', NRC.nl 7 oktober 2005.

¹⁷ EHRM 29 november 2009, ECLI:NL:XX:2008:BK6015 (*Schipholbrand*); EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 92 (*Öneryildiz/Turkije*); EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, AB 2010/85, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*Öneryildiz/Turkije*).

De volgende onderzoeksvraag kan daartoe worden geformuleerd:

Is de Nederlandse strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen in overeenstemming met de opvatting van het EHRM over het recht op leven zoals vastgesteld in artikel 2 EVRM?

Om de hierboven geformuleerde onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden wordt literatuur- en jurisprudentieonderzoek verricht. Hierbij is ten eerste van belang dat duidelijkheid wordt verkregen op welke wijze de Nederlandse strafrechtelijke immuniteit voor publiekrechtelijke rechtspersonen historisch tot stand is gekomen. Ten tweede dient antwoord te worden verkregen op de vraag wat wordt verstaan onder het recht op leven volgens artikel 2 EVRM en de daaruit voortkomende (positieve) verplichtingen voor een publiekrechtelijke rechtspersoon. Geldende criteria en voorwaarden en de wijze waarop deze zich verhouden met de Nederlandse strafrechtelijke immuniteit zijn aspecten die in dit licht nader worden onderzocht.

In het door de Eerste Kamer op 10 november 2015 verworpen wetsvoorstel Segers – die opheffing van de strafrechtelijke immuniteit voor ogen had – zou eveneens een bijzondere uitsluitingsgrond worden opgenomen voor publiekrechtelijke rechtspersonen. Dit wetsvoorstel en de bijzondere uitsluitingsgrond dient ten derde onderzocht en getoetst te worden aan artikel 2 EVRM en de reeds geldende uitsluitingsgronden. Hierbij is de vraag van belang of er daadwerkelijk sprake is van het opheffen van strafrechtelijke immuniteit wanneer een publiekrechtelijk rechtspersoon zich kan beroepen op een bijzondere uitsluitingsgrond. Tot slot wordt antwoord gezocht op de vraag op welke wijze de thans geldende en naar gezagsdragers doorwerkende strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen zich verhoudt met artikel 2 EVRM.

1.4 Leeswijzer

Hoofdstuk 2 gaat nader in op de ontwikkelingen van de strafrechtelijke vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun gezagsdragers in historisch perspectief. Met name de strafrechtelijk immuniteit die bestaat tussen de verschillende entiteiten als gevolg van nationale rechtspraak en EHRM-jurisprudentie komen aan de orde in het licht van artikel 2 EVRM. Vervolgens zal in hoofdstuk 3 het recht op leven, de hieruit – volgens EHRM-jurisprudentie – geldende positieve verplichtingen voor staten worden vergeleken met de HR-jurisprudentie in zake strafrechtelijke immuniteit. Het Wetsvoorstel Segers komt in hoofdstuk 4 aan de orde. De parlementaire behandeling en de argumentatie van de voor- en tegenstanders van het opheffen van de strafrechtelijk immuniteit wordt langs de meetlat van onder andere het gelijkheidsbeginsel gehouden. Ook de – speciaal voor publiekrechtelijke rechtspersonen – voorgenomen bijzondere strafuitsluitingsgrond wordt in het kader van de geldende strafrechtelijke uitsluitingsgronden vergeleken. In hoofdstuk 5 wordt het daderschap en de reikwijdte van de vervolgingsmogelijkheden geschetst voor (de)centrale gezagsdragers. Onder andere wordt nader ingegaan op de definitie ‘gezagsdrager’, en de rol van het OM. Eveneens wordt genoemde reikwijdte vergeleken met de uit artikel 2 EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen

In hoofdstuk 6 worden ten slotte de deelvragen en de onderzoeksvraag die voortvloeien uit de probleemstelling beantwoord. Door analyse wordt beargumenteerd en geconcludeerd of de geldende positieve verplichtingen die volgen uit het recht op leven ingevolge artikel 2 EVRM voldoende in het Nederlands recht doorwerken. Hierdoor kan de conclusie worden getrokken of de thans geldende Nederlandse strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun gezagsdragers in overeenstemming is met het recht op leven en de hieruit voortvloeiende jurisprudentie van het EHRM.

2. Strafrechtelijk vervolgen van publiekrechtelijk rechtspersonen

2.1 Historisch perspectief

Gedurende de wederopbouw na de Tweede wereldoorlog zijn diverse gemeenten voor het overtreden van de Wederopbouwwet strafrechtelijk vervolgd en gestraft met geldboetes.¹⁸ Het duurde vervolgens tot midden jaren zeventig van de vorige eeuw voordat het vraagstuk omtrent de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen weer enig podium kreeg bij de wetgever, hetgeen uiteindelijk resulteerde in artikel 51 Sr (daderschap rechtspersonen). De wetgever liet sindsdien – vanwege ‘de weerbarstige materie’ – deze vorm van aansprakelijkheid over aan de rechtspraak¹⁹ en als handvat werd meegegeven dat ingekleurd moest worden of een door een publiekrechtelijk rechtspersoon gepleegde strafbare gedraging was te plaatsen binnen een ‘exclusieve bestuurszaak’.²⁰ Juist deze inkleuring zouden de daaropvolgende decennia via opeenvolgende arresten van de HR tot een richtsnoer leiden die tot aan het Wetsvoorstel Segers en jurisprudentie van het EHRM leidend waren.

2.2 Strafrechtelijke immunititeit

Publiekrechtelijke rechtspersonen en diens entiteiten zijn ingesteld om (delen van) taken in het maatschappelijk belang uit te voeren en dit dient een grondslag te hebben in een formele wet.²¹ Vanwege deze taakstelling en om de overheid binnen het recht een plaats te geven komt hen op grond van artikel 2:1 Burgerlijk Wetboek (BW) rechtspersoonlijkheid toe. Het tweede lid van artikel 2:1 BW bepaalt dat andere lichamen aan wie een deel van de overheidstaak is opgedragen slechts rechtspersoonlijkheid bezitten als dit uit de wet volgt, de Rijksdienst voor het wegverkeer (RDW) is hier een voorbeeld van.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1975/76, 13 655 nr. 3, p. 20 (MvT); Mulder 1963, p. 517-521.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, p. 21.

²¹ Jak, 2016 *NTB* 2016/8, p. 56-65.

Ingevolge artikel 51 Sr kunnen rechtspersonen ook strafbare feiten plegen. Deze bepaling maakt voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid geen onderscheid tussen publiek- en civielrechtelijke rechtspersonen en op basis van dit artikel kunnen zowel een publiekrechtelijke rechtspersoon zelf als een natuurlijk persoon en of personen die opdracht en of leiding hebben gegeven (feitelijk leidinggevers) aan de verboden gedraging worden opgespoord, vervolgd en gestraft. Deze wetsbepaling sluit aan bij het oordeel van de commissie-Michiels die in 1998 rapporteerde ‘dat er geen principiële reden is om strafrechtelijke vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen door immuniteiten uit te sluiten.’²²

Volgens het recht betekent immuniteit dat een rechtssubject niet kan worden aangetast.²³ De Nederlandse Staat en dienst gezagsdragers zijn thans volgens de HR-arrest *Volkel*²⁴ strafrechtelijk volledig onaantastbaar en decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen ingevolge de *Pikmeer*-arresten²⁵ in geval van een exclusieve bestuurstaak. De voorstanders van deze vorm van immuniteit wijzen erop dat dit niet vreemd is vanwege het primaat en de voorkeur van de politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheid en afdoening wanneer een overheid een strafbaar feit pleegt.²⁶ De eenheid en ondeelbaarheid van de regering zou strafrechtelijke vervolging en bestraffing eveneens bij dit correctiemechanisme in de weg staan. Met name zou dit het geval zijn wanneer het OM als verlengde arm van de Staat vervolging instelt tegen zichzelf.²⁷ Dit argument is betwistbaar omdat een openbaar aanklager zelfstandig zou moeten kunnen beslissen of tegen een gezagsdrager van de Staat een opsporingsonderzoek wordt gestart zodat eerstgenoemde ten lange leste een afgewogen vervolgingsbeslissing kan nemen ingevolge het oppurtiniteitsbeginsel.

²² Michiels e.a. 1998, p. 169.

²³ Van Sliedregt 2013, p. 145.

²⁴ HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616, 598 (*Volkel*).

²⁵ HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429 (*Pikmeer I*); HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, *NJ* 1998, 367, r.o. 5.7 m.nt. De Hullu (*Pikmeer II*).

²⁶ Kamerstukken II 1996/97, 25 294, nr. 2, p. 13.

²⁷ Ibidem, p. 2; Van Sliedregt 2013, p. 147.

2.3 De Staat

In de voorgaande paragraaf is geconstateerd dat de Staat ingevolge artikel 2:1 BW rechtspersoonlijkheid bezit en gelet op artikel 51 Sr is het dus in beginsel mogelijk dat deze publiekrechtelijke rechtspersoon ontvankelijk is voor strafrechtelijke opsporing, vervolging en sanctionering. Desondanks geniet de Staat volgens het *Volkel*-arrest volledige strafrechtelijke immuniteit. In dit arrest besliste de HR dat:²⁸

‘(...) als uitgangspunt heeft te gelden dat handelingen van de Staat moeten worden te strekken tot de behartiging van het algemeen belang. Daartoe kan de Staat door wet- en regelgeving, bestuur, feitelijke gedragingen of anderszins zich alle aangelegenheden aantrekken.’

Eveneens besliste de HR dat ‘voor de handelingen van de Staat ministers en staatssecretarissen in het algemeen verantwoording schuldig aan de Staten-Generaal. Daarnaast kunnen zij ter zake van ambtsmisdrijven strafrechtelijk worden vervolgd en berecht op de voet van 483 en volgende Sv.’ De HR besliste voor dit stelsel van de politieke en bestuurlijke verantwoording dat het daarmee niet strookt dat de Staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.²⁹ Een redenering die hierop aansluit is dat het *ultimum remedium* van strafrechtelijke, opsporing, vervolging en sanctionering achterwege kan blijven wanneer breed en democratisch politieke en bestuurlijke verantwoording kan worden afgelegd.³⁰

Voorname redenering alsmede de legitimatie – volgens het *Volkel*-arrest – van het verschil tussen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat en decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen en diens gezagsdragers lijken niet uitgekristalliseerd. Het verschil en de legitimatie hiervan zou volgens sommige rechtsgeleerden zelfs leiden tot het afkalven voor het draagvlak van het positief recht.³¹

²⁸ HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616, 598 (*Volkel*); HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616, *NJ* 1994, 598, m.nt. Corstens (*Volkel*); Crinç le Roy en Wijling 2018, p. 222.

²⁹ HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616, 598, 6.1-6.3 (*Volkel*).

³⁰ Verslag EK 2015/16, nr. 7, item 4, p. 2.

³¹ Van Sliedrecht 2013, p. 163.

Voorstanders van de genoemde politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheid en die aldus als critici kunnen worden gezien van het Wetsvoorstel Segers zagen dit anders. Zij zijn van mening dat met name de politieke en bestuurlijke verantwoordingsstructuur de enige juiste weg is die ingezet zou moeten worden wanneer de Staat verdacht kan worden van een gedraging die strafrechtelijk kwalificeerbaar is.³² De vraag is of dit overeenkomt met de rechtsoverwegingen van de HR uit het tweede *Pikmeer*-arrest. De HR besliste immers dat strafvervolgning van een publiekrechtelijke rechtspersonen 'op zichzelf' niet in strijd is met de politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheid.³³ Hetgeen eveneens valt af te leiden uit de zinsnede '(...) in het algemeen verantwoording schuldig (...)' van rechtsoverweging 6.2 van dit arrest en deze formulering lijkt dus een opening te bieden voor uitzonderingen op de politieke en bestuurlijke verantwoordingsstructuur.

Resumerend lijkt de HR – gezien het tweede *Pikmeer*-arrest – ruimte prijs te geven op de geformuleerde rechtsregel van volledige immuniteit uit het *Volkel*-arrest en de strafrechtelijke procedure zou aldus onverkort toegepast kunnen worden ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen of diens gezagsdragers.

2.4 Decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen

Decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen zijn belast met een verscheidenheid aan taken in het kader van het algemeen belang. Hierbij maakt men onderscheid tussen een 'exclusieve taak' (taken die alleen door een publiekrechtelijk rechtspersoon kan worden uitgevoerd) en taken die uitbesteedt kunnen worden aan derden (veelal civiele partijen). Het afgeven van een vergunning is ingevolge de Grondwet bijvoorbeeld een 'exclusieve taak' van een (de)centraal publiekrechtelijk rechtspersoon.³⁴ Een voorbeeld van een niet-exclusieve taak zijn de feitelijke werkzaamheden voor het onderhoud van een weg, dit kan immers worden uitbesteed aan een derde.

³² *Handelingen I*, 2015/16, 5, item 4, p. 1-12.

³³ HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, r.o. 5.10 (*Pikmeer II*); *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 538, nr. 3, p. 7.

³⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 23 september 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE:7956, r.o. 17 (*Vuurwerkkramp Enschede*).

(Decentrale) publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen – net zoals civielrechtelijke (rechts)personen – strafrechtelijk worden aangesproken wanneer in het kader van deze werkzaamheden een strafbaar feit wordt gepleegd. Wanneer lichamen en organen van publiekrechtelijke rechtspersonen echter zijn belast met deze ‘exclusieve taak’ kunnen zij volgens de heersende dogmatiek van de *Pikmeer*-arresten³⁵ niet strafrechtelijk worden vervolgd en is er dus sprake van immuniteit. Dit criterium werd door de HR in het tweede *Pikmeer*-arrest als volgt geformuleerd:³⁶

‘(...) de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rehtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen.’

Voor andere gevallen, zo besliste de HR ‘is er wegens de hier te betrachten gelijkheid geen aanleiding immuniteit aan het openbaar lichaam te verlenen (...).’ Naast het inkleuren van de zogenoemde exclusieve bestuurstaak en de hiermee samenhangende immuniteit voor publiekrechtelijke rechtsorganen besliste de HR eveneens – onder verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel – dat wanneer er geen sprake is van deze exclusieve taak er ook geen aanleiding is om immuniteit te veronderstellen. De stand van het recht in het tijdperk *after* de *Pikmeer*-arresten en het *Volkel*-arrest – veelal voorkomend uit schrijnende gebeurtenissen waarbij de overheid een rol had – leren echter dat het taakcriterium een veel gebruikt argument is om af te zien van vervolging of dat vervolging niet-ontvankelijk werd verklaard.³⁷ Bovendien lijkt de legitimatie van het verschil voor strafrechtelijke immuniteit – ingegeven door het taakcriterium – tussen ‘soorten’ publiekrechtelijke rechtspersonen – gezien de vorige paragraaf – in het algemeen te ontbreken.³⁸

³⁵ HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616 (*Volkel*).

³⁶ HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, r.o. 5.7 (*Pikmeer II*).

³⁷ Rb Overijssel 16 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6680, Rb 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4794, Rb 15 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1297 (*Monstertruck Haaksbergen*); EHRM 29 september 2009, ECLI:NL:XX:2009:BK6015 (*Schipholbrand*); V. Schildkamp, ‘Slachtoffers monstertruck: ook gemeente vervolgen’, AD.nl 9 juni 2015.

³⁸ *Handelingen I*, 2015/16, 5, item 4, p. 12; Roelvink 2002, p. 11-12.

De HR lijkt in het arrest *Stichtse Vecht*³⁹ van februari 2018 echter een nuance te hebben aangebracht en het ‘taakcriterium’ op een andere wijze ingevuld te hebben. De strikte leer omtrent de toe te passen criteria om te oordelen of er sprake is van een exclusieve bestuurstaak blijkt volgens dit arrest niet in alle gevallen te leiden tot immuniteit. De vraag die in deze zaak beantwoord diende te worden was of een publiekrechtelijk rechtspersoon vervolgd kon worden voor dood door schuld vanwege het nalaten van het nemen van een besluit – hetgeen een exclusieve bestuurstaak betreft – wanneer derden dat besluit daadwerkelijk uitvoeren. De HR besliste dat het niet bepalend is of het nemen van een besluit door een bestuursorgaan een exclusieve bestuurstaak is, het gaat volgens de HR om de nalatigheid om bepaalde besluiten te nemen ingevolge wettelijke zorgplichten van een publiekrechtelijke rechtspersoon.⁴⁰

Doorslaggevend voor strafrechtelijke vervolging is aldus de HR niet de exclusieve bevoegdheid om een besluit te nemen, maar de exclusieve bevoegdheid om het genomen besluit feitelijk uit te voeren. De HR besliste dat een publiekrechtelijke rechtspersoon kan worden vervolgd voor het nalaten van het nemen van een besluit wanneer de feitelijke uitvoering van het besluit géén exclusieve bestuurstaak betreft. Cruciaal is dus het exclusieve karakter van de verrichte feitelijke gedraging en niet van belang is of een bestuurstaak op zichzelf als exclusief kan worden aangemerkt.⁴¹ Horman e.a.⁴² stellen dat deze uitkomst laat zien dat ‘de verschillende nalatigheden moeilijk van elkaar zijn te scheiden’, en dat het daarom wenselijk is dat de overheid kan worden vervolgd voor een combinatie van fouten die tot een dodelijk ongeval hebben geleid. Men doelt hier op de twee vormen van nalatigheid die ingevolge het *Stichtse Vecht*-arrest⁴³ strafrechtelijke aansprakelijkheid met zich mee zouden kunnen brengen, namelijk:

- 1) het nalaten van een feitelijke handeling die kan worden uitgevoerd door anderen; in casu het plaatsen van waarschuwborden waarmee gevaar afgewend kon worden en;

³⁹ HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:236, r.o. 3.7.2 (*Stichtse Vecht*).

⁴⁰ HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:236, r.o. 3.7.2. en 3.7.3 (*Stichtse Vecht*).

⁴¹ Roef, p. 113-114.

⁴² Hornman e.a., *NJB* 2019/579, p. 722-728.

⁴³ HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:236, r.o. 3.3.1, 3.7.1 - 3.7.3 (*Stichtse Vecht*).

- 2) het nalaten van het nemen van een besluit door een publiekrechtelijke rechtspersoon die een feitelijk handelen van anderen tot doel heeft; in casu het nalaten van de gemeente tot het nemen van een besluit voor het feitelijk uitvoeren van onderhoud van de weg (wettelijke zorgplicht).

De Gemeente Stichtse Vecht werd door het OM voor beide vormen van nalatigheid strafrechtelijk aansprakelijk gesteld en werd dood door schuld ingevolge artikel 307 Sr ten laste gelegd.⁴⁴ In de daarop volgende rechtsgang werd uiteindelijk door de HR in sprongcassatie op de eerste plaats besloten dat het OM niet-ontvankelijk was in vervolging van de gemeente voor het niet-plaatsen van waarschuwborden.⁴⁵ Dit omdat de feitelijke handeling tot het plaatsen van verkeersborden dient te berusten op een exclusief besluit van de gemeente. Niemand anders dan een publiekrechtelijke rechtspersoon kan immers rechtsgeldig een besluit nemen tot het plaatsen van verkeersborden, het karakter van deze feitelijke handeling is in dit opzicht nauw verwant aan een besluit van de gemeente dat door de HR als exclusief werd gekenmerkt.

Op de tweede plaats werd het OM volgens de HR wel ontvankelijk geacht in vervolging van de Gemeente Stichtse Vecht omdat deze had nagelaten een besluit te nemen voor het onderhouden van een weg. Het verweer van de gemeente dat het nemen van een besluit voor het onderhouden van een weg onder een exclusieve bestuurstaak viel – en dus strafrechtelijke immuniteit met zich mee bracht – hield geen stand. De HR besliste dat wanneer anderen dan bestuursfunctionarissen de feitelijke werkzaamheden kunnen verrichten en die anderen nalatigheid kan worden verweten het nalaten te besluiten om een besluit te nemen om onderhoud aan te weg te plegen niet onder een exclusieve bestuurstaak valt.⁴⁶

⁴⁴ Rechtbank Utrecht 10 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY5595.

⁴⁵ HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:236, r.o. 3.7.2 (*Stichtse Vecht*).

⁴⁶ HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:236, r.o. 3.7.3 (*Stichtse Vecht*).

Ingevolge het *Stichtse Vecht*-arrest lijkt de HR een nieuw weg te zijn ingeslagen omdat bij gelijklopende feiten en omstandigheden de strafrechtelijke aansprakelijkheid die voor een civiele partij kan gelden eenzelfde is als wanneer deze voortvloeit uit een exclusieve bestuurstaak van een publiekrechtelijk rechtspersoon.

2.5 Feitelijk leidinggeven en gezagsdragers

Volgens lid twee van artikel 51 Sr kunnen natuurlijke personen die in dienst zijn bij een rechtspersoon en leiding en of opdracht hebben gegeven aan strafbare gedragingen strafrechtelijk worden vervolgd. Echter, in het arrest *Pikmeer*⁴⁷ besliste de HR voor wat betreft een bestuursrechtelijk rechtspersoon en haar ambtenaren en arbeidscontractanten:

‘(...) dat de omstandigheid dat de rechtspersoon zelf niet vervolgd kan worden omdat deze een openbaar lichaam in de zin van Hoofdstuk 7 van de Grondwet is en optreedt ter vervulling van een in de wet opgedragen bestuurstaak, meebrengt dat een strafvervolgning evenmin kan worden ingesteld tegen ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van het openbaar lichaam indien dezen in die hoedanigheid ter uitvoering van die bestuurstaak opdracht hebben gegeven tot of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging als bedoeld in artikel 51, tweede lid onder sub 2 Sr.’

Deze door de HR besloten doorwerking heeft tot gevolg dat opdracht- en of leidinggevers (ambtenaren/contractanten) – voor het uitvoeren van hun bestuurstaak ingevolge hoofdstuk 7 van de Grondwet opdracht en of leiding hebben gegeven aan de strafbare gedraging – immuun zijn. De reikwijdte van de strafrechtelijke immuniteit strekt zich dus – onder voorwaarden – uit tot en met natuurlijke personen die in een verscheidenheid van dienstbetrekkingen een exclusieve taak uitvoeren voor een publiekrechtelijk rechtspersoon. Dit kan enkel anders zijn wanneer een bestuurstaak door een andere partij dan een lichaam of orgaan van een bestuursrechtelijk rechtspersoon kan worden uitgevoerd.⁴⁸

⁴⁷ HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429, r.o. 6.4 (*Pikmeer I*).

⁴⁸ HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, NJ 1998, 367, r.o. 5.7 m.nt. De Hullu (*Pikmeer II*).

2.6 Strafrechtelijke immuniteit versus exclusieve taken

Uit de *Pikmeer*-arresten en het *Volkel*-arrest vloeit voort dat het voor strafrechtelijke vervolging van belang is om vast te stellen of een publiekrechtelijk rechtspersoon en daarbij horende functionarissen een exclusieve overheidstaak uitoefenen ten tijde van het pleegde strafbaar feit.⁴⁹

Immers, wanneer dit het geval kan voor hen immuniteit ontstaan. Deze exclusieve taakstelling voor een publiekrechtelijk rechtspersoon kan worden gezien als een handelen van een organisatie waarbinnen wordt gestreefd naar het behartigen van het algemeen belang. De publiekrechtelijke rechtspersoon handelt in deze hoedanigheid dus als collectief in de behoeften van een maatschappij.

De vraag kan echter worden gesteld of de exclusieve taakstelling van de publiekrechtelijke rechtspersonen heden ten dagen nog wel van toepassing is. Knoops stelt bijvoorbeeld dat de realiteit van het recht behoort 'mee te evolueren',⁵⁰ waarbij zelfs de exclusieve geweldstaak van de centrale overheid en opsporing van strafbare feiten lijken te verschuiven naar decentrale overheden, private ondernemingen en georganiseerde burgers.⁵¹ In dit kader kan als voorbeeld de Wet ter Bescherming Koopvaardij⁵² worden aangehaald. Hierin is bepaald dat het gebruik van geweld met vuurwapens wordt uitbesteed aan daartoe uitgeruste particuliere beveiligers die zijn belast met de beveiliging van Nederlandse koopvaardij schepen. Dit omdat het Ministerie van Defensie niet snel genoeg militaire capaciteit beschikbaar heeft om deze – van oudsher hen toehorende – taak uit te voeren.⁵³

⁴⁹ HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429, r.o. 6.4 (*Pikmeer I*). HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, r.o. 5.7 (*Pikmeer II*); HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616, r.o. 6, 11 (*Volkel*).

⁵⁰ 'Waar blijven die privébewakers? Ook Nederland moet private begeleiders inzetten om schepen te beschermen, zo stel Geert Jan Knoops', NRC.nl 17 augustus 2012.

⁵¹ Van der Burg en Klerks 2019, p. 205, 209; Entius 2007, p. 10-22; Moerman 2016, p. 15; Moerman, *NJB* 2019/94; Stamhuis, *TvCR* 2014, p. 317; Van Steden en Boutelier, *het Tijdschrift voor de politie* 2008, p. 26-27; Kop, *het Tijdschrift voor de politie* 2008, p. 27-30; W. Boonstra, 'Wees alert op etnisch profileren, Buurpreventieteam', Binnenlandsbestuur.nl 6 september 2019; Brinkhoff, *DD* 2019/29; S. Brinkhoff, 'Is burgerparticipatie bij opsporing riskant?', OU.nl 15 november 2018; Cornelissens en Ferweda 2010, p. 9; M. de Groot, 'Burgerrechercheurs: bondgenoten van de politie of zelfbenoemde rechters?', VN.nl, 25 maart 2019; S. van Mersbergen, 'Spoedhulp gered door sluiten wijkbureau's, Burgermeesters luiden noodklok over politie', AD 7 december 2019, p. 1; M. Hirsch Ballin, 'Strafrecht moet duidelijker normeren', *Mr. Magazine*, nr. 9 2019, p. 31; C. van der Wal, 'Advocaten: Opsporing moet je niet overlaten aan amateurs', *Parool.nl* 27 mei 2019.

⁵² Wet van 15 mei 2019, houdende regels voor de inzet van gewapende particuliere maritieme beveiligers aan boord van Nederlandse koopvaardij schepen (Wet ter Bescherming Koopvaardij).

⁵³ Kamerstukken // 2016/17, 34 588, nr. 6, p. 18.

Een ander voorbeeld van verschuiving van een exclusieve overheidstaak betreft de toezicht en opsporingstaak van buitengewone opsporingsbevoegdheden (BOA's) van gemeenten en provincies. Deze worden meer dan in het verleden voorzien van geweldsmiddelen (wapenstok, pepperspray en handboeien).⁵⁴ Het uitrusten met en het gebruik van deze middelen werd tot voor kort voorbehouden aan functionarissen die waren aangesteld door de centrale overheid.⁵⁵

Internationaal is de verschuiving van exclusieve overheidstaken naar de private sector al langer waarneembaar. Dit gezien het feit dat de krijgsmacht van de Verenigde Staten in het midden-oosten gebruik maakt van met vuurwapens gewapende persoonbeveiligers die worden ingehuurd van een civiel beveiligingsbedrijf.⁵⁶

Uit het voorstaande blijkt dat er een verregaande verschuiving waarneembaar is van overheidstaken naar private partijen. Hierdoor kan in de rechtspraak onduidelijkheid ontstaan over het toepassen van de geldende strafrechtelijke immuniteit zoals die zijn bepaald in de standaardarresten *Pikmeer* en *Volkel*.

⁵⁴ M. van Lieshout, 'Boa's krijgen middelen om zich te verdedigen', de Volkskrant.nl 21 oktober 2019 en Besluit van de Minister van Justitie en Veiligheid van 14 juli 2020, nr. 2942744, tot wijziging van de Beleidsregels Buitengewoon Opsporingsambtenaar, *Stcrt.* 2020, 39094 onder punt 2.

⁵⁵ Ondergetekende scribeur stelt dit uit eigen – gedurende ruim twintig jaar – waarnemingen en ervaringen als: 1) medewerker van de Koninklijke marechaussee en 2) als politieambtenaar.

⁵⁶ D. Adriaense 2010, p. 1; J. Boom, 'De private militaire industrie, Verslaafd aan huurlingen, Het Blackwater-bloedbad in Bagdad heeft Amerika wakker geschud. De privatisering van de oorlog is op hol geslagen', *groene.nl* 19 oktober 2007.

3. Het recht op leven (artikel 2 EVRM), positieve verplichtingen en strafrechtelijke immuniteit

3.1 Het recht op leven volgens artikel 2 EVRM

Sinds de oprichting van het EVRM is Nederland partij bij dit verdrag. Door dit verdrag worden mensenrechten beschermd die in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens zijn vastgesteld.⁵⁷ De bepalingen uit het verdrag zijn bindend voor een ieder, net zoals de uitspraken van het EHRM zijn voor lidstaten. Daarnaast kan een ieder de verdragsbepalingen rechtstreeks bij een nationale rechter inroepen.

In artikel 2 EVRM is 'het recht op leven' opgenomen als fundamenteel mensenrecht en het eerste lid van dit artikel stelt: 'Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet (...)'. Voornoemd element omvat de wetgevende plicht van een verdragspartij om het recht op leven te beschermen. Mitsdien mag worden verondersteld dat 'het recht op leven' op één van de hoogste treden staat van de ladder die geldt voor fundamentele mensenrechten en het element omvat bovendien de actieve verplichting van staten tot het treffen van maatregelen om te voorkomen dat personen overlijden. Deze verplichtingen voor staten wordt in de literatuur en jurisprudentie ook wel gedefinieerd als 'positieve verplichtingen'.

3.2 Positieve verplichtingen volgens artikel 2 EVRM

Westelaken stelt dat het EHRM nimmer een eensluidende betekenis heeft gegeven voor de in artikel 2 EVRM geformuleerde 'positieve verplichting'.⁵⁸ Desalniettemin komt het leerstuk erop neer dat staten actief moeten optreden wanneer een fundamenteel mensenrecht in het geding is.⁵⁹ Dit volgt uit jurisprudentie van het EHRM en de daarin ontwikkelde criteria waaraan kan worden getoetst of een verdragsstaat zich conformeert aan het EVRM.

⁵⁷ Eijnden, p. 24.

⁵⁸ Westelaken, *NTM/NJCM-bull.* 2010, p. 151.

⁵⁹ Beijer, *NTM/NJCM-bull.* 2016/14, p. 7.

Het eerste arrest waaraan in dit bestek aandacht wordt besteed is het reeds genoemde arrest *Osman/Verenigd Koninkrijk*.⁶⁰ Deze uitspraak laat zien dat een verdragsstaat volgens artikel 2 EVRM een '*primary duty*' heeft om effectieve strafrechtelijke procedures te gebruiken om het recht op leven te beschermen.⁶¹ Volgens het Hof impliceert artikel 2 EVRM dat een autoriteit in bepaalde gevallen preventief maatregelen moet nemen wanneer een mensenleven wordt bedreigd door criminele handelingen van een ander.⁶² In casu doodde een leraar de vader van een scholier en de zoon van de adjunct-directeur. De politie werd vervolgens nalatigheid verweten om actief op te treden omdat er signalen waren dat de dader een bedreiging vormde voor de uiteindelijke slachtoffers. In deze zaak was volgens het EHRM het recht op leven niet geschonden omdat niet vaststond 'dat de politie op een beslissend moment wist of had moeten weten dat een werkelijke en onmiddellijke dreiging jegens de slachtoffers' was.⁶³ Volgens het Hof betreft deze wetenschap een vraag die alleen kan worden beantwoord wanneer alle omstandigheden van een bepaald geval in ogenschouw worden genomen.⁶⁴

'(...) that the authorities did not do all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge. This is a question which can only be answered in the light of all the circumstances of any particular case.'

Uit het arrest *Osman/Verenigd Koninkrijk* kunnen drie rechtsregels worden geabstraheerd die van belang zijn om te bepalen of een publiekrechtelijk rechtspersoon het recht op leven ingevolge artikel 2 EVRM heeft geschonden. Ten eerste het op een beslissend moment 'weten' of 'had moeten weten' van, ten tweede een werkelijk en onmiddellijk levensbedreigend risico. Ten derde moet het binnen de bevoegdheidssfeer van die rechtspersoon hebben gelegen om die dreiging weg te nemen.

⁶⁰ EHRM 28 oktober 1998, ECLI:NL:XX:1998:AD4558 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*).

⁶¹ EHRM 28 oktober 1998, ECLI:NL:XX:1998:AD4558, p. 115 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*).

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem, par. 121-122; EHRM 28 oktober 1998, ECLI:NL:XX:1998:AD4558, m.nt. Alkema (*Osman/Verenigd Koninkrijk*).

⁶⁴ Ibidem, par. 116 en 121.

Het tweede te bespreken EHRM-arrest – *Öneryildiz/Turkije* – geeft onder andere invulling aan het wetenschaps criterium zoals dat eveneens in *Osman/Verenigd Koninkrijk* aan de orde kwam. In deze zaak hield het Hof de verdragstaat Turkije ingevolge artikel 2 EVRM aansprakelijk voor de dood van 39 sloppenwijkbewoners die door een methaanexplosie veroorzaakt door gas uit afval van een vuilnisbelt het leven hadden gelaten. Het EHRM besliste dat Turkije had nagelaten de bewoners – die in de nabijheid van de vuilnisbelt woonden – te informeren over het explosiegevaar, daarnaast werd autoriteiten verweten dat zij niets hadden gedaan om het explosiegevaar af te wenden. Dit terwijl van de Turkse staat redelijkerwijs wetenschap mocht worden verwacht van op handen zijnde en in te schatten risico's ten aanzien van gevaarlijke activiteiten op de vuilnisbelt. Het Hof oordeelde.⁶⁵

'(...) such considerations are indisputably valid in the context of dangerous activities, when lives have been lost as a result of events occurring under the responsibility of the public authorities, which are often the only entities to have sufficient relevant knowledge to identify and establish the complex phenomena that might have caused such incidents.'

Het Hof besliste verder dat 'ernstige nalatigheid' van Turkse overheidsfunctionarissen in de context van gevaarlijke activiteiten – zoals het achterwege laten van voorzorgsmaatregelen tegen bij hen bekende levensbedreigende risico's – strafbaar dient te zijn gesteld'.⁶⁶ Eveneens besliste het EHRM in deze zaak dat Turkije niet had voldaan aan de uit artikel 2 EVRM voortvloeiende positieve verplichting om een effectief onderzoek in te stellen om de verantwoordelijken op te sporen, te vervolgen en te bestraffen.⁶⁷ Het Hof besliste dit omdat de Turkse strafrechter de verantwoordelijke burgemeesters te laag had gestraft, waardoor er onvoldoende rechtsherstel werd bewerkstelligd.

⁶⁵ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 93 (*Öneryildiz/Turkije*).

⁶⁶ Ibidem; Westelaken, *NTM/NJCM-bull.* 2010, p. 137.

⁶⁷ Ibidem, par. 94.

Wijte omschrijft de lage sanctionering door de Turkse rechter als zijnde ‘virtuele immuniteit’ die in casu aan de verantwoordelijke gezagsdragers werd toegekend.⁶⁸ Kort gezegd werd Turkije ingevolge het arrest *Öneryildiz/Turkije* verplicht dat: 1) er een effectief rechterlijk systeem voorhanden diende te zijn, en 2) de te volgen rechtelijke procedure tot feitelijk rechtsherstel moest leiden. Ofwel, door opsporing, vervolging en bestraffing van de verantwoordelijken dient ten overstaan van slachtoffers en de maatschappij zoveel als mogelijk genoegdoening verkregen te worden.

In dit verband moet ook nog worden gewezen op een ander arrest van het Hof. De inzet van het strafrecht kan volgens jurisprudentie van het EHRM voor andersoortige – niet-levensdelicten – strafbare feiten namelijk de enige optie zijn. Dit blijkt uit het EHRM-arrest *X en Y/Nederland* uit 1985.⁶⁹ Het Hof besliste in deze zaak dat het Nederlands strafprocesrecht een leemte bevatte die in strijd was met artikel 8 EVRM (recht op privacy), waardoor het niet mogelijk was om een ontuchtverdachte te vervolgen.⁷⁰ Het slachtoffer was vanwege haar geestelijke handicap niet in staat om aangifte te doen en de klacht van de vader die de grondslag volgde voor vervolging kon daarvoor niet in de plaats komen. Dit omdat de dochter meerderjarig was ten tijde van het delict en niet onder curatele stond. Deze onmogelijkheid om met betrekking tot haar privéleven voor haar belangen op te komen achtte het Hof in strijd met artikel 8 EVRM. In deze zaak besliste het Hof dat vanwege het misdrijf er ‘fundamentele waarden en aspecten’ van het privéleven van het slachtoffer waren geschonden en dat enkel een strafrechtelijke procedure afdoende bescherming biedt.⁷¹ Daarnaast werd in *X en Y/Nederland* overwogen dat alleen van het strafrechtssysteem voldoende afschrikkende werking zou uitgaan bij het voorkomen van dergelijke delicten.⁷² Deze werking van het strafrecht zou volgens Corstens eveneens moeten gelden voor strafbare gedragingen van publiekrechtelijke rechtspersonen en diens gezagsdragers.

⁶⁸ Wijte, *VRA* 2004, p. 165-168.

⁶⁹ EHRM 26 maart 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC8813, par. 23 (*X en Y/Nederland*).

⁷⁰ Ibidem, par. 27.

⁷¹ EHRM 26 maart 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC8813, par. 27 (*X en Y/Nederland*).

⁷² Ibidem, par. 26.

Hij meent in deze context dat in het kader van *checks and balances* 'beoordelingen van gedragingen van de Staat door de rechter de gewoonste zaak van de wereld is.'⁷³ Wanneer een gedraging van de Staat niet rechtelijk beoordeeld kan worden, dan zou zelfs sprake kunnen zijn van machtsmisbruik door diezelfde Staat. Westelaken meent in dit kader dat een Staat zijn macht niet alleen dient te gebruiken door 'gebruik te maken' van een strafrechtelijke procedure, maar eveneens kan een Staat macht 'misbruiken' wanneer wordt afgezien van strafrechtelijk optreden tegen zichzelf.⁷⁴

3.2.1 *Positieve verplichtingen artikel 2 EVRM, voorwaarden en criteria*

Het EHRM heeft ingevolge de in artikel 2 EVRM geldende positieve verplichtingen verschillende voorwaarden vastgesteld om te bepalen of er sprake is van een fout in de beoordeling of een onvoorzichtigheid van een publiekrechtelijk rechtspersoon (overheidsfalen).⁷⁵ Als eerste voorwaarde dient de vraag te worden beantwoord of de (te verwachten) inbreuk voldoende ernstig is wanneer zich levensbedreigende situaties voor burgers voordoen.⁷⁶

Aanwezig geachte kennis bij een overheidsorgaan van een dreigende inbreuk is een tweede voorwaarde om schending van 'het recht op leven' ex artikel 2 EVRM vast te stellen. Het EHRM formuleerde dit in *Öneryildiz/Turkije* als het: '*knew or ought to have known*'.⁷⁷ Het Hof maakt hierbij onderscheid tussen: impliciet en expliciet kennisniveau.⁷⁸ Bij impliciet kennisniveau vloeit de voorafgaande kennis bij een overheidsorgaan over het aanwezig zijn van een bedreiging voort uit de aard van een activiteit. Expliciet kennisniveau bij een overheidsorgaan wordt geacht aanwezig te zijn wanneer men kennis had of behoorde te kennen vanuit bronnen waaruit blijkt dat er dreiging is van een gevaarlijke omstandigheid.⁷⁹

⁷³ HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616, NJ 1994/598, m.nt. Corstens (*Volkel*).

⁷⁴ Van de Westelaken 2010, p. 143.

⁷⁵ Gijsselaar en De Jong, *NTBR* 2016/6.

⁷⁶ EHRM 20 maart 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD6179, par. 3 (*Budayeva e.a./Rusland*).

⁷⁷ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 101 (*Öneryildiz/Turkije*).

⁷⁸ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 65 en 71 (*Öneryildiz/Turkije*).

⁷⁹ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 58-59 (*Öneryildiz/Turkije*); EHRM 24 juli 2014, ECLI:NL:XX:2014:366, par. 105 (*Brincat e.a./Malta*).

Deze bronnen kunnen zijn: wetshistorie⁸⁰, wetenschappelijk onderzoek⁸¹, deskundigen⁸², klachten en meldingen⁸³, rechtelijke beslissingen⁸⁴ en bescheiden van (internationale) organisaties.⁸⁵ Om schending van een positieve verplichting ex 2 EVRM vast te stellen dient op de derde plaats te worden getoetst of een overheid '*practical measures*' heeft genomen om risico's af te wenden of te beheersen.⁸⁶

In *Vilnes e.a./Noorwegen*⁸⁷ besliste het Hof dat een Staat een informatieplicht heeft om werknemers te informeren over risico's voor gevaren van uit te voeren werkzaamheden. Deze informatieplicht sluit aan op het criterium uit *Osman/Verenigd Koninkrijk*⁸⁸ dat wordt gebruikt om vast te stellen of een Staat al dan niet heeft verzuimd om preventieve maatregelen te nemen wanneer bekend is dat een levensbedreigende situatie op handen is.

Uit dit criterium vloeit allereerst voort dat 'concrete kennis' over de dreigende inbreuk cruciaal is om te beoordelen of in strijd is gehandeld met de informatieplicht.⁸⁹ Niet alleen algemene kennis over het bestaan van een levens- of een gezondheidsbedreigende casus speelt een rol, een dreiging in een concreet geval is ook van belang.⁹⁰

Het tweede criterium dat voortvloeit uit *Osman/Verenigd Koninkrijk* is dat een dreigende situatie een reëel en onmiddellijk risico dient te vormen voor het leven en of gezondheid van individuen.⁹¹ Uit de *Osman*-criteria valt op de derde en laatste plaats af te leiden dat mogelijke (individuele) slachtoffers zijn te identificeren.

⁸⁰ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 58-59 (*Öneryildiz/Turkije*); EHRM 24 juli 2014, ECLI:NL:XX:2014:366, par. 105 (*Brincat e.a./Malta*).

⁸¹ Ibidem, par. 106 (*Brincat e.a./Malta*).

⁸² EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 97-101 (*Öneryildiz/Turkije*).

⁸³ EHRM 5 juli 2007, ECLI:NL:XX:2009:BI0380, par. 46 (*Tătar/Roemenië*).

⁸⁴ EHRM 24 juli 2014, ECLI:NL:XX:2014:366, par. 106 (*Brincat e.a./Malta*).

⁸⁵ EHRM 19 februari 1998, ECLI:NL:XX:1998:AD4547, par. 34 (*Guerra e.a./Italië*).

⁸⁶ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 107 (*Öneryildiz/Turkije*).

⁸⁷ EHRM 5 december 2013, ECLI:NL:XX:2013:292, par. 242-244 (*Vilnes e.a./Noorwegen*).

⁸⁸ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 97-101 (*Öneryildiz/Turkije*); EHRM 28 oktober 1998, ECLI:NL:XX:1998:AD4558 par. 116 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*).

⁸⁹ Gijselaar en De Jong, *NTBR* 2016/6.

⁹⁰ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 93 (*Öneryildiz/Turkije*); EHRM 28 oktober 1998, ECLI:NL:XX:1998:AD4558, par. 116 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*).

⁹¹ EHRM 28 oktober 1998, ECLI:NL:XX:1998:AD4558, par. 116 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*); Gijselaar en De Jong, *NTBR* 2016/6.

Volgens Gijselaar en De Jong is aan deze laatste eis bijvoorbeeld voor werknemers van de Staat snel voldaan, omdat vanwege de voorbeeldfunctie mag worden verwacht dat deze autoriteit een 'hoog beschermingsniveau jegens zijn werknemers' in acht neemt.⁹² Interpretatie van het EHRM arrest *Brincat e.a./Malta* bevestigt dit mijns inziens. In deze zaak werd binnen een staatsbedrijf gewerkt met asbest zonder afdoende bescherming waardoor er gezondheidsproblemen waren ontbloeit bij werknemers. Het Hof besliste dat Malta – in haar voorbeeldfunctie – onvoldoende kennis had vergaard over de gezondheidsrisico's, terwijl deze gezien de stand der techniek wel beschikbaar was.⁹³ Verder stelde het Hof vast dat wanneer wordt gewerkt met asbest binnen een staatsbedrijf het – in geval van een voorbeeldfunctie – enkel verstrekken van veiligheidsmaskers onvoldoende is om de gezondheid van werknemers te waarborgen.⁹⁴

Als aan de drie voorstaande voorwaarden uit *Öneryildiz/Turkije* en het *Osman*-criterium is voldaan, moet een Staat maatregelen treffen die naar redelijke verwachting tot het voorkomen van het risico zal leiden. Verder blijkt de informatieplicht van autoriteiten zoals door het Hof werd besloten in *Vilnes e.a./Noorwegen* eveneens van belang. Deze plicht leert dat bij een gevaarzettende situatie – die leidt tot een strafbaar feit – van een Staat wordt verlangd dat op zijn minst een strafrechtelijke autoriteit wordt betrokken.⁹⁵ Dit lijkt volgens Corstens in het kader van *checks and balances* en de afschrikwekkende werking die van het strafrecht behoort uit te gaan niet anders te zijn wanneer autoriteiten of diens ambtenaren en of gezagsdragers bij een strafbare feit zijn betrokken.

3.2.2 Positieve verplichtingen artikel 2 EVRM, reikwijdte

Voor het EHRM maakt het voor de positieve verplichtingen geen verschil of een gedraging binnen een bestuurlijke en of strafrechtelijke context is gepleegd.

⁹² Gijselaar en De Jong 2016, *NTBR* 2016/6, par. 3.6.2.

⁹³ EHRM 24 juli 2014, ECLI:NL:XX:2014:366, par. 106 (*Brincat e.a./Malta*).

⁹⁴ *Ibidem*, par. 112.

⁹⁵ De Wilde, *NTM/NJCM*, 2016/10.

De positieve verplichtingen omvatten volgens het arrest *Öneryildiz/Turkije* dat er in ieder geval een ‘*effective judicial system*’ moet zijn, echter dit hoeft geenszins te betekenen dat dit een strafrechtelijke procedure hoeft te zijn.⁹⁶

Gezien voorstaande lijkt het EHRM dus niet geheel consistent of een strafrechtelijke procedure verplicht is wanneer een publiekrechtelijk rechtspersoon is betrokken bij een ernstig strafbaar feit. Sliedregt lijkt eveneens deze gedachtengang te volgen omdat zij van mening is dat volgens EHRM-rechtspraak een strafrechtelijke procedure één van de opties dient te zijn, met name wanneer een incident een mensenleven heeft gekost.⁹⁷

De reikwijdte van de in artikel 2 EVRM geldende positieve verplichtingen voor een Verdragsstaat is voorts begrensd door het EHRM-arrest *Bône*.⁹⁸ In casu werd geklaagd dat de Franse staatsspoorwegmaatschappij haar positieve verplichtingen niet was nagekomen, omdat zij niet voldoende veiligheidsvoorzieningen had aangebracht in treinen waardoor het recht op leven zou zijn geschonden. Vanwege economische overwegingen was in Franse treinen geen vergrendelsysteem gemonteerd die voorkwam dat passagiers aan de verkeerde kant uitstapten. Mede als gevolg hiervan was een onfortuinlijke puber om het leven gekomen, omdat hij ondanks waarschuwingen opzettelijk aan de verkeerde kant van de trein was uitgestapt en door een aankomende trein werd aangereden.

Het Hof besliste dat in dit soort gevallen de in artikel 2 EVRM neergelegde positieve verplichtingen voor een Staat zijn begrensd.⁹⁹ Het Hof kwam tot dit oordeel omdat in casu de grootste oorzaak van het ongeluk de onvoorzichtigheid van het slachtoffer betrof. Volgens het arrest *Bône* zijn de te nemen voorzorgsmaatregelen door een Staat begrensd aan de onvoorspelbaarheid van mensen en praktische keuzes bij de verdeling van middelen in een maatschappij.¹⁰⁰

⁹⁶ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 92 (*Öneryildiz/Turkije*).

⁹⁷ Sliedregt 2013, p. 163.

⁹⁸ EHRM 1 maart 2005, ECLI:NL:XX:2004:AT7354 (*Bône/Frankrijk*); EHRM 1 maart 2005, ECLI:NL:XX:2004:AT7354, AB 2006, 274, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*Bône/Frankrijk*).

⁹⁹ EHRM 1 maart 2005, ECLI:NL:XX:2004:AT7354, par. 1; ‘*En Droit*’ (*Bône/Frankrijk*).

¹⁰⁰ Ibidem.

Artikel 2 EVRM reikt volgens dit arrest dus niet dat iedereen een absoluut niveau van veiligheid kan worden gegarandeerd bij alle risico's die in het dagelijks leven kunnen voorkomen.

Onvoorspelbaarheid van gebeurtenissen die los staan van menselijk handelen kunnen in sommige gevallen wel in strijd zijn met de positieve verplichtingen van artikel 2 EVRM. Identificeerbare levensbedreigende risico's van terugkerende natuurrampen en het verzuim van autoriteiten om daartegen maatregelen te treffen is ingevolge het EHRM-arrest *Budayeva e.a./Rusland*¹⁰¹ in strijd met het recht op leven. Deze zaak speelde zich af in een Russische stad die bijna ieder jaar werd overspoeld door modderstromen. Daags na een dergelijk moment keerde bewoners terug naar hun woning en werden daarbij niet gehinderd door autoriteiten. Tijdens dit terugkeermoment werd de stad nogmaals door sterkere modderstroom overspoeld en in die daaropvolgende week nog een aantal keer waarbij in totaal der gebeurtenissen acht doden waren te betreuren. Het EHRM besliste – met verwijzing naar *Öneryildiz/Turkije* – dat de Russische Staat de bewoners had moeten informeren over de ophanden zijnde (levens)bedreigende situaties. De autoriteiten hadden eveneens maatregelen moeten treffen om het levensgevaar als gevolg van het natuurgeweld af te wenden.¹⁰² Ten slotte werd door het Hof schending van het recht op leven aangenomen omdat de autoriteiten – in verband met de geldende positieve verplichtingen – hadden verzuimd een wettelijk en bestuurlijk systeem te organiseren om te voorzien in een effectieve bescherming tegen levensbedreigende situaties.¹⁰³ Kort gezegd blijkt uit de hierboven genoemde arresten dat een Staat dus preventief te werk moet gaan om schending van het recht op leven te voorkomen.

¹⁰¹ EHRM 20 maart 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD6179, par. 3 (*Budayeva e.a./Rusland*).

¹⁰² EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 128 (*Öneryildiz/Turkije*).

¹⁰³ Ibidem; EHRM 20 maart 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD6179, par. 3 (*Budayeva e.a./Rusland*).

3.3 Het recht op leven volgens artikel 2 EVRM en strafrechtelijke immuniteit

Immuniteit veronderstelt onaantastbaarheid en sinds het *Volkel*-arrest uit 1994 is de Nederlandse Staat strafrechtelijk onaantastbaar omdat volgens de HR de 'handelingen van de Staat geacht moeten worden te strekken tot het behartigen van het algemeen belang.'¹⁰⁴

Zowel de commissie-Michiels als Roelvink¹⁰⁵ waren een andere mening toegedaan en zij stelden dat strafrechtelijke immuniteit voor autoriteiten zou leiden tot een slechte maatschappelijke voorbeeldwerking. Dit omdat juist van autoriteiten verwacht mag worden dat zij zich aan regels houden en wanneer zij deze overtreden en vervolgens niet vervolgd en gesanctioneerd kunnen worden hierdoor haar eigen legitimatie op het spel wordt gezet om geloofwaardig handhavend op te treden jegens burgers. Deze Commissie rapporteerde daarom in 1998 dat er 'geen principiële reden is om strafrechtelijke vervolging van autoriteiten en diens gezagsdragers uit te sluiten'.¹⁰⁶ De Nederlandse strafrechtelijke immuniteit wordt door de volgende overweging zoals is opgenomen in het EHRM-arrest *Öneryildiz/Turkije* eveneens in een ander perspectief geplaatst:¹⁰⁷

'(...) the national courts should not under any circumstances be prepared to allow life-endangering offencens to go unpunished. (...)'

Woltjer stelt dat de hierboven genoemde overweging niet veel ruimte biedt voor het oppurtiniteitsbeginsel om niet-strafrechtelijk op te treden (repressief).¹⁰⁸ Hij is zelfs van mening dat vanwege de geldende preventieve en of repressieve positieve verplichtingen (zie vorige paragraaf) strafrechtelijke immuniteit van een bestuursrechtelijke rechtspersoon en diens gezagsdragers in het geheel uitgesloten dient te zijn.¹⁰⁹

¹⁰⁴ HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616 (*Volkel*); HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616, NJ 1994, 598, m.nt. Corstens (*Volkel*); Crinice le Roy en Wijling, *Gst.* 2018/45, p. 222.

¹⁰⁵ Michiels e.a. 1998; Roelvink, e.a. 2002, p. 23.

¹⁰⁶ Michiels e.a. 1998, p. 63-64, 145-146.

¹⁰⁷ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 96 (*Öneryildiz/Turkije*).

¹⁰⁸ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, NJ 2005, 210, m.nt. Alkema (*Öneryildiz/Turkije*).

¹⁰⁹ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, AB 2005 43, m.nt. Woltjer (*Öneryildiz/Turkije*).

Alkema stelt in aanvulling hierop dat het strafrecht bij een dodelijk incident ingezet moet worden omdat in *Öneryildiz/Turkije* is beslist dat strafvervolgning van verantwoordelijk personen in dergelijk gevallen plaats moet vinden. Het laat volgens hem onverlet of administratieve en of tuchtrechtelijke procedures zijn ingezet tegen autoriteiten.

Een voorwaarde die het Hof volgens het arrest *Öneryildiz/Turkije* voor strafrechtelijk vervolgen van een autoriteit stelde is dat het laakbaar handelen en of nalaten van autoriteiten verder moet gaan dan alleen een fout in de beoordeling of een onvoorzichtigheid.¹¹⁰ Deze voorwaarde verschilt volgens Alkema en De Haan van het exclusieve taakcriterium en de daaruit voortvloeiende strafrechtelijke immuniteit ingevolge het HR-arrest *Pikmeer II*. Genoemde auteurs zijn van mening dat wanneer er sprake is van een ver gaande fout in de beoordeling of een onvoorzichtigheid van een autoriteit – welke leidt tot een strafbaar feit – deze immuniteit niet in stand kan blijven.¹¹¹ Het EHRM lijkt in *Öneryildiz/Turkije* eveneens te definiëren wat wordt verstaan onder: ‘een ver gaande fout in de beoordeling of een onvoorzichtigheid van een autoriteit’. Dit omdat het woord ‘negligence’ in de zinsnede van de beslissing van het Hof en de vertaling (nalatigheid) hiervan wijst in de richting van bewuste schuld.¹¹²

‘(...) negligence attributable to State officials or bodies on that account goes beyond an error of judgment or carelessness (...)’

Dit impliceert dat wanneer ‘bewuste schuld’ in de zin van subjectief bestanddeel (culpa) wordt vastgesteld bij strafbaar handelen van de Staat dit voldoende zou zijn om een ‘ver gaande fout in de beoordeling of een onvoorzichtigheid’ van de Staat strafbaar te achten. Immers, culpa wordt in de strafrechtelijke dogmatiek gedefinieerd als ‘verwijtbare, aanmerkelijke onvoorzichtigheid’.¹¹³

¹¹⁰ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 96 (*Öneryildiz/Turkije*).

¹¹¹ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, NJ 2005, 210, m.nt. Alkema (*Öneryildiz/Turkije*); De Haan e.a. 1999, p. 423.

¹¹² EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 93 (*Öneryildiz/Turkije*); Van Kempen 2009, p. 29.

¹¹³ Grimmelikhuijzen, *DD* 2015/68.

Analyse van de jurisprudentie zoals genoemd in de vorige paragraaf leert dat het EHRM geen duidelijke uitspraak doet of strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen in strijd is met het recht op leven ingevolge artikel 2 EVRM. Echter, het tweede te bespreken EHRM arrest *Jordan/Verenigd Koninkrijk*¹¹⁴ lijkt evenals *Öneryildiz/Turkije* toch een duidelijk handvat te bieden om strafrechtelijk immuniteit in zijn geheel uit te sluiten. In deze casus werd een bestuurder van een auto onrechtmatig doodgeschoten door achtervolgende politieambtenaren. Artikel 2 EVRM vereist volgens het Hof:

‘(...) the judicial system required by Article 2 must make provision for an independent and impartial official investigation procedure that satisfies certain minimum standards as to effectiveness and is capable of ensuring that criminal penalties are applied where lives are lost as a result of a dangerous activity (...) In such cases, the competent authorities must (...) initiate investigations capable of, firstly, ascertaining the circumstances in which the incident took place and any shortcomings in the operation of the regulatory system and, secondly, identifying the State officials or authorities involved in whatever capacity in the chain of events in issue.’

Uit de zinsnede – *‘(...) satisfies certain minimum standards as to effectiveness and is capable of ensuring that criminal penalties are applied where lives are lost’* – staat vast dat een onderzoeksprocedure dient te voldoen aan minimumstandaarden die effectief moeten zijn. Verder lijkt de volgende zinssnede uit het arrest geen opening te bieden voor strafrechtelijk immuniteit:

‘(...) ensuring that criminal penalties are applied where lives are lost as a result of a dangerous activity.’

Tot slot kan worden betoogd dat het Hof in *Jordan/Verenigd Koninkrijk* heeft beslist dat de rol van *‘State official or authorities’* die tot de schending van het recht op leven heeft geleid strafrechtelijk moet kunnen worden onderzocht.

¹¹⁴ EHRM 4 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0504JUD002474694, par. 128 (*Jordan/Verenigd Koninkrijk*).

Westelaken¹¹⁵ is eenzelfde mening toegedaan en hij gaat voor de inzet van een strafrechtelijk procedure bij overheidsfalen zelfs verder dan Van Sliedregt en De Wilde.¹¹⁶ Eerstgenoemde is van mening dat de EHRM-arresten *Siliadin*, *Sandra Jankovic* en *Tonchev/Bulgarije*¹¹⁷ verplichten dat staten bij grove mensenrechtenschendingen strafbaar gesteld moeten worden. Daarbij maakt het volgens hem niet uit of de schendingen zijn begaan door staten of private personen. Het gaat hem erom: 'het strafrecht zodanig uit te rusten dat het een effectief afschikmiddel vormt voor potentiële mensenrechtenschenders en daardoor effectieve bescherming biedt aan mogelijke slachtoffers.'¹¹⁸

¹¹⁵ Westelaken 2010, p. 135.

¹¹⁶ Sliedregt 2013, p. 163; De Wilde 2016, *NTM/NJCM* 2016/10.

¹¹⁷ EHRM 26 juli 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD007331601, par. 89 (*Siliadin*); EHRM 05 maart 2009, ECLI:NL:XX:2009:BI6959, par. 47 (*Sandra Jankovic*); EHRM 19 november 2009, no. 18527/02, par. 38-42 (*Tonchev/Bulgarije*).

¹¹⁸ Westelaken 2010, p. 139.

4. Het Wetsvoorstel Segers

4.1 Aanleiding

Het Initiatiefwetsvoorstel Segers was er één van de lange adem en het strandde uiteindelijk op 10 november 2015 in de Eerste Kamer met één stem verschil.¹¹⁹ Het wetvoorstel¹²⁰ werd initieel op 27 april 2006 ingediend door het Kamerlid Wolfsen en hierna verschillende malen ter verdediging overgedragen aan andere Kamerleden.¹²¹

Uit de geschiedenis van het wetsvoorstel komen twee punten naar voren die in het kader van deze scriptie aandacht verdienen. Allereerst zou volgens critici van het wetsvoorstel de inzet van het strafrecht – als *ultimum remedium* – tegen publiekrechtelijke bestuursorganen erger zijn dan de kwaal.¹²² De commissie-Roelvink onderbouwde dit door te stellen dat de voordelen voor de samenleving van strafvervolgning (normering en preventie) telkens moeten worden afgewogen tegen de nadelen. Een tweede punt die voor wat betreft onderliggende argumenten aandacht behoeft is het feit dat in het wetsvoorstel een bijzondere strafuitsluitingsgrond zou worden opgenomen voor publiekrechtelijk rechtspersonen. Dit zou vanwege de unieke taakstelling gerechtvaardigd zijn.

In de eerstvolgende paragraaf wordt het veronderstelde *ultimum remedium* van het strafrecht in het kader van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen vergeleken met het gelijkheidsbeginsel. In de tweede paragraaf van dit hoofdstuk komt vervolgens de bijzondere strafuitsluitingsgrond die in het wetsvoorstel werd geïntroduceerd aan de orde. De ‘unieke taakstelling’ van publiekrechtelijke rechtspersonen wordt nader onderzoek en de beoogde werking van de bijzondere uitsluitingsgrond wordt beoordeeld ten opzichte van de heersende leer van strafrechtelijke immuniteit en de vereisten die voortvloeien uit het recht op leven volgens artikel 2 EVRM.

¹¹⁹ Verslag EK 2015/16, nr. 7, item 5; Verslag EK 2015/16, nr. 7, item 4.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 538 nr. 1; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 538 nr. 2.

¹²¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 538 nr. 4 (brief van het lid Wolfsen); *Kamerstukken II* 2005/06, 30 538 nr. 8 (brief van het lid Heerts); *Kamerstukken II* 2005/06, 30 538 nr. 10; (brief van de leden Heerts en Anker) *Kamerstukken II* 2005/06, 30 538 nr. 12 (brief van het lid Recourt) en *Kamerstukken II* 2005/06, 30 538 nr. 13 (brief van het lid Recourt).

¹²² Roelvink e.a. 2002, p. 20 en 22.

4.2 Gelijkheidsbeginsel versus strafrechtelijk immuniteit

De inzet van het strafrecht dient volgens de commissie-Roelvink de voordelen voor de samenleving van strafvervolgning (normering en preventie) af te wegen tegen de nadelen. In dit licht dient – volgens deze Commissie – de beperkte capaciteit van het opsporings- en vervolgingsapparaat te nopen tot terughoudendheid van het gebruik van het strafrechtelijk instrumentarium ten opzichte van publiekrechtelijk rechtspersonen.¹²³ Deze Commissie ziet dit als reden om te stellen dat de inzet van het strafrecht tegen publiekrechtelijke bestuursorganen erger zou kunnen zijn dan de kwaal en prefereert daarom een politiek/bestuurlijk verantwoordingsmechanisme. Daarnaast is Elzinga van mening dat er tussen politieke en strafrechtelijke controle ‘concurrentie’ kan ontstaan wanneer een Staat strafrechtelijk kan worden vervolgd en bestraft voor een als strafbare handeling te kwalificeren gedraging. Toppinga wees in deze context in zijn dissertatie erop dat wanneer een Staat wordt gestraft dit een ‘vestzak naar broekzak’ betreft omdat de identiteit van de gestrafte en de straftorner één en dezelfde persoon zou zijn. Eveneens redeneerde hij dat wanneer de Staat door haar eigen rechters wordt gestraft dit ‘op gespannen voet staat met de democratie’ omdat op het handelen van de Staat een politieke controle rust en geen ruimte biedt voor een strafrechtelijke sanctie.¹²⁴

Genoemde argumenten zijn mijns inziens volgens het geldende gelijkheidsbeginsel onbegrijpelijk. Enerzijds omdat volgens het opportuniteitsbeginsel de vraag over een vervolgingsbeslissing van een publiekrechtelijk rechtspersoon strafvorderlijk gezien (artikel 9 Sv en 51 Sr) niet anders is dan bij een civielrechtelijk rechtspersoon.¹²⁵ Anderzijds lijken de argumenten eveneens geen recht te doen aan de rechtsbescherming die van het strafrecht dient uit te gaan, deze bescherming gaat verder dan enkel de bescherming van slachtoffer. Burgers dienen ook beschermd te worden om te voorkomen dat zij slachtoffer worden van strafbare feiten.¹²⁶

¹²³ Roelvink e.a. 2002, p. 20.

¹²⁴ B. Dirks 2015, ‘Wie durft straks nog een vergunning af te geven?’, de Volkskrant.nl 27 oktober 2015; HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616, m.nt. G.J.M. Corstens (*Volkelarrest*); Toppinga 1984.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 538 nr. 3, p. 1-2.

¹²⁶ Keulen & Knigge, p. 9.

Een eerste aanduiding dat het gelijkheidsbeginsel in strijd is met strafrechtelijke immuniteit is terug te vinden in de ‘Aanwijzing voor de opsporing en vervolging van overheden’.¹²⁷ Als uitgangspunt is in deze Aanwijzing opgenomen dat het gelijkheidsbeginsel de basis is voor actief opsporen en vervolgen van overtredende publiekrechtelijke rechtspersonen, voor strafrechtelijke immuniteit lijkt dus geen ruimte ingeruimd.

Immuniteit zet mijns inziens eveneens het *trias politica*-beginsel onder druk. Dit beginsel verlangt scheiding der machten en hieruit vloeit voort dat voor iedere justitiabele een gelijke vervolging en sanctionering zou moeten bestaan. Dit staatsrechtelijk beginsel zou onder grote spanning komen te staan wanneer er sprake zou zijn van de door Elzinga geopperde ‘concurrentie’. Ook zou dit van invloed kunnen zijn op het vervolgingsbeleid van de officier van justitie,¹²⁸ concurrentie past immers niet bij de onafhankelijkheid van deze functionaris wanneer een vervolgingsbeslissing moet worden genomen.

Een derde aanduiding dat het gelijkheidsbeginsel in strijd lijkt met strafrechtelijke immuniteit is waar te nemen in de parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel Segers. Genoemd beginsel was de grootste aanleiding om de wet te wijzigen, omdat de initiatiefnemers redeneerden dat een overheid – gelijkend burgers – gebonden diende te zijn aan regels.¹²⁹ Deze gebondenheid zou de geloofwaardigheid en legitimiteit van overheidsoptreden ten opzichte van de maatschappij en haar burgers bevestigen en vergroten.¹³⁰ Het Kabinet stelt daarnaast dat punitief optreden door de overheid een ‘eenduidige benadering’ vraagt.¹³¹ Deze benadering past eveneens bij de eerdergenoemde stellingname van de commissie-Michiels en de indieners van het Wetsvoorstel Segers.¹³²

¹²⁷ Aanwijzing voor de opsporing en vervolging van overheden (*Stcrt.* 1998, 82).

¹²⁸ A. Besse, ‘Justitietop voorkwam rechtszaak vuurwerkkramp’, *AD.nl* 21 augustus 2003; Roelvink e.a. 2002, p. 36-37.

¹²⁹ Verslag EK 2015/16, nr. 5, item 4, p. 15; *Kamerstukken II* 2005/06, 30 538 nr. 3, p. 1-2; Scheltema en Scheltema 2008, p. 28.

¹³⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 30 538 C, p. 4.

¹³¹ *Ibidem*, p. 9.

¹³² Michiels e.a. 1998, p. 5; *Kamerstukken II* 2012/13, 30 538 nr. 15, p. 1, 4.

Daarnaast lijkt de heersende opinie dit te ondersteunen. Gemeend wordt dat gebondenheid aan regels voor een ieder zou moeten gelden, dit zou ertoe leiden dat optreden door de overheid geloofwaardig is en overeenkomt met het recht.¹³³

Een laatste aanduiding dat strafrechtelijk immuniteit niet overeenkomstig is met het gelijkheidsbeginsel kan worden herleid vanuit het ‘soort delict’ dat is gepleegd. De Raad van State en in navolging ook het Kabinet stellen dat met name de inzet van strafrecht nodig is wanneer er sprake is van een strafbare gedraging die – gezien de omstandigheden – ingewikkeld in elkaar zit.¹³⁴ Geconcludeerd kan worden dat een *optimum* instrument moet worden gekozen die bij het ‘soort delict’ past. Men motiveert dit door zich op het standpunt te stellen dat enkel de vergaande opsporingsbevoegdheden uit het strafrecht helderheid kunnen verschaffen bij het uiteenrafelen van een complexe strafbare gedraging. Het voorbeeld dat men hanteert is dat het moet gaan om feiten die een ‘ernstige inbreuk maken op de lichamelijke integriteit’.¹³⁵ Een relatief eenvoudige doodslag waarbij de Staat als verdachte kan worden aangemerkt valt mijns inziens hieronder, omdat dit delict simpelweg gedefinieerd kan worden als een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit. Gebeurtenissen – zoals het noodlottige mortierongeluk in Mali of het *friendly fire*-incident in Uruzgan (zie hoofdstuk 1) – kunnen eveneens als complex en ingewikkeld worden aangeduid.

Mijns inziens zijn strafbare feiten met dodelijke slachtoffers, waarbij een publiekrechtelijk rechtspersoon is betrokken per definitie complex om uiteen te rafelen. Dit omdat schakels van gebeurtenissen en betrokkenheid van verschillende individuen en entiteiten van een autoriteit betrokken kunnen zijn bij feiten en omstandigheden die hebben geleid tot een strafbaar feit. Politiek-bestuurlijke instrumenten (ministeriële verantwoordelijkheid of parlementaire enquêtecommissie) zijn naar mijn mening daarom minder geschikt om feiten en of omstandigheden te achterhalen en de waarheid te reconstrueren. Dit omdat

¹³³ Soeteman, *Mr. Magazine* 2019 nr. 5, p. 31.

¹³⁴ *Stcrt.* 2018, 31269, p. 11 (Nader rapport bestuurlijke boetstelsels).

¹³⁵ *Ibidem*, p. 9.

dergelijke instrumenten simpelweg vergaande bijzondere
opsporingsbevoegdheden ontberen.

Het in te zetten instrument afhankelijk laten zijn van het ‘soort delict’ lijkt ook een belangrijk argument van tegenstanders van het Wetsvoorstel Segers weg te nemen. Zij stelden zich op het standpunt dat het strafrecht geen *optimum remedium* is, maar een *ultimum remedium*.¹³⁶ Dit standpunt lijkt mij in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Immers, het veronderstelt in deze context dat het strafrecht enkel ingezet kan worden als laatste middel wanneer een autoriteit is betrokken bij een strafbaar feit met dodelijke slachtoffers, terwijl in gelijke omstandigheden een civiel rechtspersoon onder gelijke omstandigheden aanstands met een strafrechtelijke procedure wordt geconfronteerd. Bovendien wordt mijns inziens door dit standpunt het strafrecht definitief uitgesloten als eerst aangewezen effectieve onderzoeksprocedure wanneer een autoriteit betrokken is bij een strafbaar feit met dodelijk slachtoffers.

In de literatuur wordt het standpunt van de tegenstanders van het wetsvoorstel in dit verband eveneens betwijfeld. Crijns en Kool menen dat in plaats van het *ultimum remedium* gekozen moet worden voor een *optimum remedium*.¹³⁷ Volgens hen kan het strafrecht dienen als één van de mogelijk in te zetten procedures en bij een keuze dient er te worden gekeken welke procedure passend is om een complex probleem op te lossen.¹³⁸ De betekenis van *optimum* sluit mijns inziens ten slotte ook aan bij het EHRM-arrest *Osman/Verenigd Koninkrijk*. Volgens Van Dale betekent *optimum* een ‘optimale toestand’ en dit kan in grammaticale context hetzelfde worden geïnterpreteerd als de plicht tot het verrichten van ‘effectief’ strafrechtelijk onderzoek zoals door het Hof is beslist in het arrest *Osman/Verenigd Koninkrijk*.¹³⁹

¹³⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr.69, p. 4.

¹³⁷ Crijns & Kool 2017, p. 294.

¹³⁸ *Kamerstukken II*, 2015/16, 29 279, nr. 334, p. 11; Buruma, *NJB* 2019/2264, p. 2783.

¹³⁹ EHRM 28 oktober 1998, ECLI:NL:XX:1998:AD4558, par. 115 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*).

4.3 Bijzondere strafuitsluitingsgrond

Publiekrechtelijke rechtspersonen voeren taken uit in het algemeen belang en de heersende opinie is dat zij bij het uitvoeren van deze taken niet altijd de vrijheid hebben om naar eigen inzicht te handelen.¹⁴⁰ De HR heeft dit specifiek voor wat betreft het handelingskader van de Staat als uitgangspunt genomen in het *Volkel*-arrest.¹⁴¹ Uit dit kader blijkt dat bij tijd en wijle de Staat zelfs – in tegenstelling tot private rechtspersonen – verplicht is tot handelen en het nemen van beslissingen die enkel door hen mogen worden genomen. Het geweldsmonopolie van de Staat lijkt een voorbeeld van deze plicht en Van Sliedregt meent daarom dat de Staat als entiteit niet strafbaar kan zijn.¹⁴²

Het geweldsmonopolie verlangt van oudsher dat bijvoorbeeld de krijgsmacht en de politie ingevolge de wet in voorkomende gevallen verplicht kunnen worden om geweld uit te oefenen op personen en of zaken om doelen te bereiken.¹⁴³ Dat uitsluitend de politie volgens haar wettelijk taak verplicht kan worden om proactief geweld toe te passen blijkt uit de artikelen 3 en 7 van de Politiewet (Polw):

‘De politie heeft tot taak in (...) in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven.’

De plicht tot handelen en het nemen van beslissingen die enkel kunnen worden genomen door de ‘sterke arm’ volgt met name uit de zinsnede ‘(...) te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving (...)’. Uit artikel 7 Polw volgt vervolgens de bevoegdheid voor het aanwenden van geweld die kan worden gebruikt bij het vervullen van de plicht tot handelen:

‘De ambtenaar van politie (...) voor de uitvoering van de politietaak, is bevoegd in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening geweld (...) te gebruiken, (...)’

¹⁴⁰ Roelvink 2002, p. 19.

¹⁴¹ HR 25 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC961, r.o. 6.1 (*Volkel*).

¹⁴² Van Sliedregt 2013 p. 202; Spronken, *NJB* 2013/1343, p. 1439.

¹⁴³ Barkhuysen en van Emmerik, *AB Klassiek* 2009/31; P. Ramesar, ‘Het geweldsmonopolie ligt al eeuwen bij de overheid’, *Trouw.nl* 15 mei 2013; N. Uildriks, *hTvdP*, p. 16; *Kamerstukken II* 1976/77, 14413, nr. 1-3, p. 20; *Kamerstukken II* 2011/12, 32706, nr. 19, p. 3.

In navolging van het advies van het College van Procureurs-Generaal¹⁴⁴ stelden de initiatiefnemers van het wetsvoorstel Segers dat juist vanwege deze bijzondere positie en daaruit voortkomende plichten van publiekrechtelijke rechtspersonen een bijzondere strafuitsluitingsgrond zou moeten worden opgenomen in het Wetboek van Strafrecht. Zij betoogden eveneens dat dit een codificatie betrof van jurisprudentie.¹⁴⁵ De voorgenomen strafuitsluitingsgrond (wettelijk voorschrift) luidde als volgt:

‘Niet strafbaar is de ambtenaar of publiekrechtelijk rechtspersoon die een feit begaat dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitoefening van een publieke taak bij wettelijk voorschrift opgedragen.’

Deze uitsluitingsgrond diende ertoe dat wanneer een autoriteit betrokken zou zijn bij een strafbaar feit de bijzondere positie van een publiekrechtelijk rechtspersoon zou moeten worden beoordeeld tijdens een strafrechtelijke procedure.¹⁴⁶ In deze beoordeling zou moeten worden onderzocht of een autoriteit zich vruchtbaar op deze uitsluitingsgrond zou kunnen beroepen en dit zou enkel doorgang vinden wanneer was voldaan aan twee voorwaarden. Op de eerste plaats diende aangetoond te worden dat de strafbare handeling ‘redelijkerwijs noodzakelijk’ was en op de tweede plaats dat er voor het handelen geen alternatief was.¹⁴⁷

Opvallend aan deze strafuitsluitingsgrond was dat deze kon worden ingeroepen door zowel een publiekrechtelijk rechtspersoon, als de individuele ambtenaar.¹⁴⁸ Dit is mijns inziens vanwege twee wetgevingsaspecten opvallend. Ten eerste is een ambtenaar ten principale aangesteld om een publieke taak uit te voeren onder gezag van zijn ambtelijke broodheer. Hetgeen betekent dat wanneer de ambtenaar een strafbare gedraging pleegt tijdens het uitvoeren van een wettelijke taak, dan zou de nieuwe uitsluitingsgrond

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2012/13, 30 538, nr. 14, p. 3 (Advies van het College van procureurs-generaal).

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 538, nr. 7, p. 12.

¹⁴⁶ *Handelingen I*, 2015/16, 5, item 4, p. 6.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 30 538, nr. 11, p. 4.

automatisch moeten doorwerken. Dit maakt naar mijn mening de separate vermelding van 'de ambtenaar' overbodig.

Op de tweede plaats was de geformuleerde strafuitsluitingsgrond opvallend omdat ‘de ambtenaar’ zich ingevolge een reeds bestaande uitsluitingsgrond (artikel 42 Sr) kan beroepen op een wettelijk voorschrift om straf uit te sluiten. In hoeverre deze bijzondere strafuitsluitingsgrond dan zou gaan verschillen met de reeds door de HR geformuleerde strafrechtelijke immuniteit is niet duidelijk. Dit aspect werd met name door Stamhuis voor discussie vatbaar geacht.¹⁴⁹ Hij stelde hieromtrent dat het zelfs een ‘symbolisch verschil’ betrof omdat de strekking slechts zou veranderen van ‘nooit vervolgbaar’ in ‘strafbaar tenzij’. Hierdoor zou volgens hem kunnen worden getwijfeld of het opnemen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de praktijk van enige betekenis zou zijn.

Mijns inziens zou de nieuwe strafuitsluitingsgrond niets toevoegen. Dit omdat de bestaande strafuitsluitingsgrond volgens artikel 42 Sr een bepaling is die kort, doch helder en doeltreffend is geformuleerd, te weten:

‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.’

Het artikel is naar mijn mening voor wat betreft de werkingssfeer effectief ontworpen, omdat het zowel op een natuurlijk persoon – dus eveneens een ambtenaar – als publiekrechtelijk rechtspersoon ziet. Daarnaast laat het element ‘(...) ter uitvoering van een wettelijk voorschrift’ weinig interpretatieruimte over. Het moge duidelijk zijn dat een wettelijk voorschrift ieder voorschrift betreft waaraan door een bevoegde autoriteit wetgevende kracht is toegekend. Kortom, zowel een individuele ambtenaar als een publiekrechtelijk rechtspersoon kan zich mijns inziens beroepen op deze strafuitsluitingsgrond wanneer zij een strafbaar feit begaan ter uitvoering van een wettelijk taak.

¹⁴⁹ Stamhuis, *TvCR* oktober 2014, p. 317.

4.4 Bijzondere strafuitsluitingsgrond en de positie van de individuele ambtenaar

De positie van een individuele ambtenaar die een wettelijke taak uitvoert en daarbij strafbaar handelt zou door het opnemen van een bijzondere strafuitsluitingsgrond aanmerkelijk veranderen. Enerzijds zou hij strafrechtelijk – net zoals vóór het wetsvoorstel – aansprakelijk blijven wanneer hij als pleger betrokken zou zijn bij een (ambts)misdrijf. Anderzijds zou door de bijzondere strafuitsluitingsgrond de doorwerkende strafrechtelijke immuniteit zoals gesteld in het arrest *Pikmeer-I*¹⁵⁰ voor een individuele ambtenaar wegvallen.

Van Sliedregt juichte het doorbreken van het doorwerken van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijk rechtspersonen naar individuele ambtenaren toe, omdat zij van mening is dat het ‘meeliften’ met immuniteit onverenigbaar is met het EHRM.¹⁵¹ Van Sliedregt lijkt steun in haar opvatting te vinden in het EHRM-arrest *Öneryildiz/Turkije*.¹⁵² Dit omdat in dit arrest de Grote Kamer van het Hof besliste dat voor een *State official* de mogelijkheid voor vervolging moest bestaan en dat een opgelegde straf proportioneel diende te zijn ten opzichte van het gepleegde feit.¹⁵³ Het Hof definieerde echter niet het begrip *State official*, desondanks ligt mijns inziens in dit arrest wel een aanwijzing besloten dat hiermee iedere ambtenaar van een publiekrechtelijke entiteit wordt bedoeld. De vrije vertaling van de door het Hof gebruikte *State official* is: ‘dienaar van de overheid’. Deze vertaling sluit aan op de beslissing van de Turkse rechter in deze zaak, omdat twee burgemeesters – per definitie dienaren van de overheid – strafrechtelijk werden beboet voor het nalaten van een overheidsplicht.¹⁵⁴

Zo op het eerste gezicht leek de voorgenomen bijzondere strafuitsluitingsgrond recht te doen omdat de doorwerking van strafrechtelijke immuniteit van individuele ambtenaren werd doorbroken en dit meer in overeenstemming leek met het EHRM-arrest *Öneryildiz/Turkije*.

¹⁵⁰ HR 23 april-1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429 (*Pikmeer I*).

¹⁵¹ Van Sliedregt 2013, p. 201.

¹⁵² EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641 (*Öneryildiz/Turkije*).

¹⁵³ Ibidem, par. 93.

¹⁵⁴ Ibidem.

Echter, de bijzondere uitsluitingsgrond lijkt bij nader inzien de andere in het strafrecht geformuleerde strafuitsluitingsgronden zoals: overmacht (40 Sr), wettelijk voorschrift (42 Sr) en (onbevoegd) ambtelijk bevel (43 Sr) in kracht te doen afnemen. Dit vanwege gelijklopende formulering en uit het standpunt van Stamhuis¹⁵⁵ valt hieromtrent af te leiden dat individuele ambtenaren zich hierdoor zouden kunnen gaan beroepen op de algemene strafuitsluitingsgronden, alsmede de nieuw geformuleerde bijzondere strafuitsluitingsgrond.

Mijns inziens was – gezien de reeds gelijklopende strafuitsluitingsgronden – het voornemen voor het opnemen van een nieuwe ‘bijzondere’ strafuitsluitingsgrond niet alleen overbodig, maar eveneens in strijd met het EHRM-arrest *Öneryildiz/Turkije*. Immers, uit dit arrest valt af te leiden dat een individuele ambtenaar (*state official*) die een wettelijke taak uitvoert en daarbij strafbaar handelt strafrechtelijk aansprakelijk kan worden geacht. Met name het als *lex specialis* formuleren van een strafuitsluitingsgrond waarin straf wordt uitgesloten voor publiekrechtelijke rechtspersonen en de individuele ambtenaar lijkt daarom geenszins bij te dragen aan het gezag van jurisprudentie van het EHRM.

¹⁵⁵ Stamhuis, *TvCR* oktober 2014, p. 322.

5. Strafrechtelijke immuniteit en gezagsdragers

5.1 Inleiding

In het algemeen mag worden aangenomen dat wanneer een publiekrechtelijk rechtspersoon wordt verdacht van een strafbaar feit het kennisniveau van de persoon die leiding geeft en of organisatorisch invloed of gezag heeft (bestuurder) van groot belang is voor de beslissing omtrent vervolging. Dit omdat hieruit onder andere kan worden afgeleid of er in strafrechtelijke zin sprake is van (bewuste) schuld dan wel opzet van de rechtspersoon.

Uit onderzoek van Huberts naar overheidscriminaliteit blijkt voor wat betreft voorstaande dat de overheid in sommige gevallen regels bewust overtreedt en of rationele overwegingen maakt om regels te overtreden. Dit omdat enerzijds vereiste kennis over regels zou ontbreken of anderzijds een ander belang preveleert.¹⁵⁶ Huberts noemt ook 'institutionele arrogantie' als oorzaak van overheidscriminaliteit.

Beide argumenten zijn naar mijn mening opmerkelijk te noemen. Aan de ene kant dient mijns inziens juist een publiekrechtelijke rechtspersoon en de daartoe behorende gezaghebbenden en overige functionarissen kennis en vaardigheden te bezitten over regelinggeving die zijzelf opstellen, implementeren en handhaven. Aan de andere kant impliceert bewuste regelovertrekking en of rationeel overwegingen van een publiekrechtelijk rechtspersoon om regels te overtreden een voornemen tot het begaan van een strafbaar feit. Hierdoor zou zijn voldaan aan het eerste vereiste van een strafbare poging volgens 45 Sr, enkel het begin van de uitvoering en niet-vrijwillig terugtreden staan nog in de weg aan het voltooien van de voorfase van een strafbaar feit.

¹⁵⁶ Huberts e.a. 2005, p. 169.

5.2 Definiëring gezagsdrager

Alvorens in de navolgende paragrafen wordt ingegaan op de vraag wat de reikwijdte is van daderschap bij gezagsdragers dient deze entiteit nader te worden gedefinieerd. Het begrip ‘gezagsdrager’ lijkt te plaatsen binnen twee kaders. Het eerste kader heeft betrekking op een functionaris die een meer uitvoerende publieke taak vervuld, zoals: militairen, politieambtenaren en rechters. Jansen e.a. beschrijven dit kader als volgt:¹⁵⁷

‘(...) professionals die in het algemeen belang werken met burgers die niet vrijwillig de relatie met hen zijn aangegaan, en die daarbij zo nodig dwangmiddelen mogen inzetten.’

In het licht van deze scriptie dekt deze definiering niet geheel de lading. Met name de meer uitvoerende taken van deze functionarissen sluit niet aan bij de in dit hoofdstuk bedoelde en te bespreken reikwijdte van daderschap van bestuurders en leidinggevend van publiekrechtelijke rechtspersonen. Het tweede kader voor ‘gezagsdrager’ – zoals De Valk en Roef betogen¹⁵⁸ – lijkt vooralsnog beter aan te sluiten. Dit kader richt zich specifiek op daderschap van (politieke) bestuurders en leidinggevend van publiekrechtelijke rechtspersonen, waarbij het gaat om functionarissen die feitelijk leidinggeven en of opdracht geven aan een verboden gedraging. Feitelijke zeggenschap over gedragingen van ondergeschikten speelt hierbij een belangrijke rol en de desbetreffende bestuurder kan zich volgens genoemde auteurs niet verschuilen achter politieke verantwoordelijkheid. De onderstaande omschrijving die zij hanteren voor ‘gezagsdrager’ volstaat mijns inziens voor het vervolg van dit hoofdstuk:

‘(...) functionarissen van publiekrechtelijke rechtspersonen die ter uitvoering van een wettelijk taak feitelijk leiding en of opdracht geven aan ondergeschikten.’

¹⁵⁷ Jansen e.a, p. 12.

¹⁵⁸ Roef 2001, p. 392, 397-398; *Kamerstukken II* 2007/08, 30 538, nr. 7, p. 19; De Valk, p. 437.

5.3 Daderschap gezagsdragers

Een gezagsdrager kan op verschillende manieren worden geconfronteerd met daderschap. Dit betekent dat strafrechtelijke aansprakelijkheid in het algemeen kan volgen uit drie verschillende vormen van betrokkenheid bij een strafbaar feit, te weten: (1) als feitelijk leiding- en of opdrachtgever van een strafbaar feit gepleegd door een publiekrechtelijk rechtspersoon en of ondergeschikte, (2) als individuele pleger van een commuun strafbaar feit en (3) als pleger van een ambtsmisdrijf.

Bespreking van de vormen van daderschap van een gezagsdrager zoals genoemd onder de punten twee en drie zijn mijns inziens in het kader van deze scriptie niet relevant en worden daarom verder buiten beschouwing gelaten.

5.3.1 *Feitelijk leidinggever*

Wanneer een publiekrechtelijk rechtspersoon een strafbaar feit begaat, maakt lid 2 van artikel 51 Sr het mogelijk dat strafvervolgning kan worden ingesteld tegen de persoon die feitelijk leiding en of opdracht heeft gegeven aan de verboden gedraging. Volgens het arrest *Feitelijk leidinggeven* van de HR omvat feitelijk leidinggeven op de eerste plaats leidinggeven in de zuivere taalkundige uitleg;¹⁵⁹ direct leidinggeven aan de verboden gedraging. Vervolgens noemt de HR volgens Wolswijk¹⁶⁰ in deze context twee indirecte vormen van leidinggeven: (1) wanneer door gevoerd beleid het niet anders kan dat dit een verboden gedraging tot gevolg heeft en (2) er een omstandigheid is dat de persoon concreet een bijdrage heeft geleverd aan het strafbare feit en hierbij dusdanig het voortouw heeft genomen.

De HR besliste in voornoemd arrest eveneens dat een rechtspersoon feitelijk leiding kan geven.¹⁶¹ Dit kan als een verruiming worden gezien voor strafrechtelijke aansprakelijkheid voor entiteiten en organen binnen een groter organisatorisch verband.

¹⁵⁹ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, r.o. 3.5.2 (*Feitelijk leidinggeven*); HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, m.nt. Wolswijk (*Feitelijk leidinggeven*).

¹⁶⁰ Ibidem, r.o. 4.3; HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, m.nt. Wolswijk (*Feitelijk leidinggeven*).

¹⁶¹ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, m.nt. Wolswijk (*Feitelijk leidinggeven*).

5.3.2 Kennisvereiste feitelijk leidinggever

Naast de hiervoor genoemde omstandigheden is er door de HR in het arrest *Slavenburg II*¹⁶² een ondergrens bepaald voor wanneer sprake kan zijn van feitelijk leidinggeven aan een verboden gedraging. Deze ondergrens kan worden geïnterpreteerd als een zorgplicht die op een persoon – vanuit macht en of gezag – rust om verboden gedragingen te voorkomen of te beëindigen. Ofwel, wanneer een persoon vanuit zijn hoedanigheid van macht en of gezag geen zorg draagt – welke in alle redelijkheid kan worden geleverd – om de verboden gedraging te voorkomen. De HR verwoordde dit als volgt:

‘(...) het dragen door de verdachte van deze wetenschap tot gevolg dat op hem een zorgplicht rustte om voortdurend of herhaling van verboden gedragingen van de soort, die hem bekend was geworden, te voorkomen zolang hij de hierboven aangeduide machtspositie bekleedde. De hier bedoelde zorgplicht is des te scherper waar verdachtes wetenschap het plegen van misdrijven betrof (...)’

Voorname beslissing van de HR eist kennis bij een gezagsdrager en dit lijkt zich tegelijkertijd te verdisconteren naar kleurloos (voorwaardelijk) opzet.¹⁶³ Dit omdat het volgens de HR niet van belang is dat een gezagsdrager exacte kennis heeft over de wijze waarop, waar en wanneer een gepleegd strafbaar feit is gepleegd.¹⁶⁴ Het enkel op de hoogte zijn van een gepleegde verboden gedraging is voldoende. Uit voorstaande vloeit dus samengevat voort dat de door Confucius onderrichtte leer: ‘horen, zien en zwijgen’ voor een gezagsdrager aldus strafrechtelijke aansprakelijkheid met zich mee kan brengen.

¹⁶² HR 16 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9607, r.o. 3.2.3 (*Slavenburg II*); HR 16 december 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9607, m.nt. ‘t Hart (*Slavenburg II*).

¹⁶³ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, r.o. 3.5.3 (*Feitelijk leidinggeven*).

¹⁶⁴ HR 1 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9379, r.o. 5.2 (*Klaver Fashion*).

5.4 Reikwijdte van daderschap en vervolging van gezagsdragers

Lid 2 van artikel 51 Sr biedt in beginsel de mogelijkheid om een gezagsdrager van een publiekrechtelijk rechtspersoon als dader van een strafbare gedraging – gepleegd door die rechtspersoon – aan te merken. Echter, wanneer deze gezagsdragers bij het uitvoeren van een in de wet opgedragen bestuurszaak een strafbaar feit begaan stuit vervolging echter op het HR-arrest *Pikmeer-I*. De HR besloot dat strafrechtelijke immuniteit van een publiekrechtelijk rechtspersoon doorwerkt tot feitelijk leiding- en opdrachtgevers. De doorwerking kwam – aldus de HR – tot stand door de nauwe verbondendheid tussen het publiekrechtelijk rechtspersoon en de feitelijk leiding- en opdrachtgevers bij het uitvoeren van een in de wet opgedragen bestuurszaak. Concreet besliste de HR in *Pimeer-I*:¹⁶⁵

'(...) nauw met elkaar verbonden dat de omstandigheid dat de rechtspersoon zelf niet vervolgd kan worden omdat deze een openbaar lichaam in de zin van Hoofdstuk 7 van de Grondwet is en optreedt ter vervulling van een in de wet opgedragen bestuurszaak, meebrengt dat een strafvervolgning evenmin kan worden ingesteld tegen ambtenaren en arbeidscontracten in dienst van het openbaar lichaam indien dezen in die hoedanigheid ter uitvoering van die bestuurszaak opdracht hebben gegeven tot of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging als bedoeld in art. 51 tweede lid, onder sub 2 Sr.'

't Hart bekritiseerde deze dogmatiek van de HR. Hij was van mening dat strafrechtelijke immuniteit van een publiekrechtelijk rechtspersoon niet mocht doorwerken omdat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van gezagsdragers was verbonden aan het daderschap van artikel 51 Sr en niet zozeer aan de vervolgbaarheid van de publiekrechtelijk rechtspersoon als rechtspersoon.¹⁶⁶ Daarnaast meende hij dat doorwerking juridisch problematisch is, dit omdat de vervolging en bestraffing van gezagsdragers afhankelijk wordt gemaakt van het daderschap en vervolgbaarheid van een publiekrechtelijk rechtspersoon.

¹⁶⁵ HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429, r.o. 6.4 (*Pikmeer I*); HR 6 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, *NJ* 1996, 513, par. 4.4.2, m.nt. De Hullu (*Pikmeer II*).

¹⁶⁶ HR 23 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0429, *NJ* 1996, 513, m.nt. 't Hart (*Pikmeer I*).

Vervolgens vroeg hij zich in het licht van de de door de HR genoemde 'gebondenheid' af waarom immuniteit eveneens niet kon gelden voor degene die uit eigen daderschap kan worden veroordeeld voor een strafbare handeling die voorkomt uit een wettelijke taak. Er zou in deze gevallen immers geen 'mindere' gebondenheid bestaan tussen de publiekrechtelijke rechtspersoon en de persoon die alle bestanddelen van een strafbaar feit pleegt.

Brants, De Lange, Roef, alsmede Sikkema meenden dat in *Pikmeer-I* willekeur en ongelijkheid zou ontstaan ten opzichte van 'gewone daders'.¹⁶⁷ A-G Fokkens vond deze ongelijkheid echter gerechtvaardigd omdat de maatschappelijke posities van 'gewone daders' en gezagsdragers kunnen verschillen.¹⁶⁸ Het verschil zou zijn dat 'gewone daders', anders dan gezagsdragers, geen verantwoording hoeven af te leggen in een politieke en of bestuurlijke arena. Het argument van Fokkens lijkt mij in het licht van het door de commissie-Huberts gerapporteerde geen stand te houden.¹⁶⁹ Deze Commissie was van mening dat de maatschappelijk positie van gezagsdragers een voorbeeld voor de samenleving dient te zijn voor het naleven van normen. Dit sluit bovendien aan bij het devies van het OM, dat strenger optreden nodig acht wanneer een publiekrechtelijk rechtspersoon of diens gedragsdrager bij het uitvoeren van een wettelijke taak over de schreef gaat.¹⁷⁰

5.5 Daderschap en vervolging van decentrale gezagsdragers

Op 28 oktober 2019 deed klokkenluider Van Buitenen naar aanleiding van de vuurwerkkramp in Enschede aangifte tegen de Staat en de gemeente Enschede vanwege 'ondermijning van de rechtstaat'.¹⁷¹ Hij vond het onverteerbaar dat alleen de directeurs van de vuurwerkfabriek waren veroordeeld wegens dood door schuld.

¹⁶⁷ Brants en De Lange 1996, p. 47 en 60; Roef 2001, p. 383-384; Sikkema 2007, p. 411-439.

¹⁶⁸ HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, *NJ* 1996, 513, r.o. 5.10, m.nt De Hullu (*Pikmeer II*).

¹⁶⁹ Huberts e.a. 2005, p. 9.

¹⁷⁰ Kleiman e.a. 1995, p. 23; Openbaar Ministerie Jaarbericht 2008, p. 3.

¹⁷¹ L. Baard, 'Klokkenluider doet aangifte tegen de staat om vuurwerkkramp Enschede', *AD.nl* 28 oktober 2019.

Hij was eveneens van mening dat de gemeente als decentrale gezagsdragers onterecht buiten schot was gebleven. Dit omdat volgens hem was aangetoond dat een groot aantal (leidinggevende) overheidsfunctionarissen dood door schuld, het plegen van meened en valsheid in geschrift zou zijn te verwijten en dus strafrechtelijk vervolgd en gestraft diende te worden.

Desalniettemin zag het OM in de zaak Enschede af van vervolging van gezagsdragers van decentrale publiekrechtelijke rechtspersonen. Als reden werd aangevoerd dat deze entiteiten ingevolge de *Pikmeer*-doctrine niet vervolgbaar waren omdat het verlenen van vergunningen, handhaving en toezicht werden gedefinieerd als exclusieve bestuurstaken van de gemeente.¹⁷² Als gevolg hiervan zou de gemeente strafrechtelijke immuniteit genieten, welke doorwerkte naar diens ambtenaren en feitelijk leiding- en opdrachtgevers (zie Hoofdstuk 2).

Voor wat betreft de vervolgbaarheid van individuele overheidsambtenaren concludeerde de commissie-Roelvink¹⁷³ reeds in 2002 dat dit mogelijk diende te zijn, wanneer deze ambtenaren in de hoedanigheid van feitelijk leiding- en of opdrachtgever handelden ter uitvoering van een wettelijke taak. Door de conclusie van genoemde Commissie werd naar mijn mening de in de *Pikmeer*-arresten ontwikkelde leer teruggedraaid. Daarnaast lijkt de door het OM aangehaalde exclusieve bestuurstaak die vervolging van de decentrale overheid en diens gezagsdragers zou stuiten eveneens in strijd te zijn met het EHRM-arrest *Öneryildiz/Turkije*.¹⁷⁴ In deze zaak werden – alvorens de zaak werd voorgelegd aan het Hof – twee burgemeesters door de Turkse rechter strafrechtelijk veroordeeld. Dit omdat zij hadden nalaten tot het nemen van veiligheidsmaatregelen, terwijl zij redelijkerwijs hadden kunnen weten van explosiegevaar en de levensbedreigende gevolgen die dit met zich mee zou brengen voor burgers.

¹⁷² Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF8393; HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP8469 (*Vuurwerkramp Enschede*).

¹⁷³ Roelvink 2002, p. 2.

¹⁷⁴ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641 (*Öneryildiz/Turkije*).

Opgemerkt moet worden dat het Hof wel van mening was dat er in wezen een vorm van immuniteit voor deze gezagsdragers was ontstaan, dit omdat – gezien het strafbare feit – de straf die was opgelegd disproportioneel laag was.¹⁷⁵

5.6 Daderschap en vervolging van centrale gezagsdragers

Zowel strafrechtelijk onderzoek, als een beslissing omtrent vervolging van centrale gedragsdragers ter zake een verdenking van commune delicten gepleegd door de Staat is historisch gezien niet eenvoudig.¹⁷⁶ Dit blijkt onder andere uit het verloop van het klaagschrift van 29 klagers naar aanleiding van de Schipholbrand.¹⁷⁷ Bij deze brand waren elf dodelijke slachtoffers en een groot aantal gewonden te betreuren en de klagers hadden bij de hoofdofficier van justitie in 's-Gravenhage een verzoek tot vervolging ingediend tegen de Ministers van Justitie en Vreemdelingenzaken en Integratie. De ministers werd verweten dat zij als gevolg van de gebeurtenissen rondom de brand betrokken zouden zijn bij dood door schuld (artikel 307 Sr) en medeplichtigheid aan zwaar lichamelijk letsel (artikelen 48 jo 300 lid 2 Sr).¹⁷⁸

De klacht werd door de hoofdofficier ingevolge de strafverzwarende omstandigheid van artikel 44 Sr opgevat als een ambtsmisdrijf en daarom achtte hij zich niet bevoegd om vervolging in te stellen.¹⁷⁹ De grondslag voor deze opvatting is te vinden in artikel 119 van de Grondwet (Gw), 76 lid 2 Wet RO en 483 lid 2 Sv, waarin is bepaald dat ministers enkel vervolgd kunnen worden door een besluit van de Tweede Kamer of een koninklijk besluit (Kroon).

¹⁷⁵ EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 116-118 (*Öneryildiz/Turkije*).

¹⁷⁶ Broeksteeg e.a., *NJB* 2000, p. 966; Duin e.a., *NJB* 2017/667, p. 790-799; De Wijkerslooth en Simonis, *NJB* 2004, p. 672-678; Krispijn, *Bb* 2010; Van Kempen, *DD* 2019/17.

¹⁷⁷ Hof Amsterdam 16 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK6788; Klaagschriften met rekestnummer: K07/0309, K07/0315, K07/0316, K07/0317 en K07/0336.

¹⁷⁸ HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA8454.

¹⁷⁹ Hof Amsterdam 16 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK6788.

5.6.1 Rol OM bij vervolging centrale gezagsdragers

Uit de hiervoor genoemde bepalingen volgt dat het OM buiten spel staat bij een strafrechtelijke vervolging van een centrale gezagsdrager wanneer onder zijn gezag een commune delict is gepleegd als gevolg van het uitvoeren van een wettelijke taak.

Wanneer de Kamer of Kroon tot vervolging besluit, is de procureur-generaal (P-G) bij de HR ingevolge artikel 483 lid 3 Sv jo 111 Wet RO bevoegd tot vervolging en niet een officier van justitie.¹⁸⁰ Gezien deze regeling wordt het opportiniteitsbeginsel van genoemde functionaris dus terzijde geschoven.

Verder kan de vraag worden gesteld of genoemde politiek bestuurlijke procedure geschikt is voor een beslissing omtrent vervolging van een centrale gezagsdrager. De commissie-De Wijkerslooth meent dat dit instrument gedateerd en 'onbegaanbaar' is. Daarnaast zou het geen geschikt middel zijn voor het verrichten van effectief onderzoek, omdat het vergaande en noodzakelijke opsporingsbevoegdheden ontbeert.¹⁸¹ Wanneer dit instrument ongeschikt is voor effectief onderzoek om verantwoordelijken te identificeren en te vervolgen, dan kunnen deze vervolgens ook niet worden gestraft. Dit zou in mijn opinie in strijd zijn met artikel 2 EVRM. Dit omdat uit het EHRM-arrest *Öneryildiz/Turkije* voortvloeit dat een Staat de verplichting heeft om een procedure in te richten die voorziet in de mogelijkheid om verantwoordelijken voor een strafbaar feit strafrechtelijk te vervolgen en óók te straffen.¹⁸²

5.6.2 Vervolging centrale gezagsdragers, feitelijke strafrechtelijke immuniteit?

De commissie-De Wijkerslooth meent dat wanneer centrale gezagsdragers enkel vervolgd kunnen worden door een besluit van de Kamer of de Kroon zij 'in feite' voor strafrechtelijke vervolging immuun zijn.¹⁸³

¹⁸⁰ Sikkema, 2007.

¹⁸¹ Ibidem, p. 793; De Wijkerslooth, p. 79; *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 173, nr. 2.

¹⁸² EHRM 30 november 2004, ECLI:NL:XX:2004:AS2641, par. 116-118 (*Öneryildiz/Turkije*).

¹⁸³ De Wijkerslooth, p. 678.

Dit omdat het een een complexe en politieke procedure is. Sikkema vraagt zich in dit kader zelfs af of centrale gezagsdragers daardoor ‘niet teveel’ bescherming wordt geboden.¹⁸⁴ Uit de wetshistorie van artikel 119 Gw¹⁸⁵ komt naar voren dat de wetgever stelt dat voorkomen moet worden dat centrale ambtsdragers ‘lichtvaardig’ worden vervolgd. Wanneer onder lichtvaardigheid onbedachtzaam wordt verstaan, dan zou het gestelde in de wetshistorie in het kader van het gelijkheidsbeginsel eveneens moeten gelden voor ieder andere justitiabele.¹⁸⁶ Oftewel, waarom genieten enkel centrale gezagsdragers bescherming tegen lichtvaardige vervolging? Deze vraag sluit aan bij het primaire standpunt omtrent het gelijkheidsbeginsel – verwoord als: ‘gelijke monniken, gelijke kappen’¹⁸⁷ – van de initiatiefnemers van het in 2015 door de Eerste Kamer verworpen wetsvoorstel om de strafrechtelijk immuniteit voor publiekrechtelijke rechtspersonen op te heffen.¹⁸⁸

Bijkomende ratio van de politieke beslissing omtrent vervolging is dat een reguliere officier van justitie niet zou zijn opgewassen tegen ongewenste (politieke) pressie en daardoor niet zou zijn toegerust voor zijn taak.¹⁸⁹ Eveneens zou het OM als gevolg van veronderstelde ‘misplaatste schroom’ vanwege een hoge positie van een centrale gezagsdrager niet de aangewezen autoriteit zou zijn voor opsporing en vervolging.¹⁹⁰ Bos en De Jong¹⁹¹ menen dat dit een ‘gevaarlijk’ uitgangspunt is. Wanneer het hiervoor genoemde punt wordt vergeleken met het doel van de opsporing en vervolging lijkt eveneens een ongelijkheid te ontstaan. Met name voor de objectiviteit van het toe te passen strafrechtinstrumentarium voor centrale gezagsdragers ten opzichte van private partijen in dezelfde hoedanigheid.

¹⁸⁴ Sikkema 2007, p. 420.

¹⁸⁵ Kempen, *DD* 2019/17; Duin e.a., *NJB* 2017/667, p. 790-799; *Kamerstukken II* 1979/80, 16164 (R 1147), 3, p. 5 (MvT); Boogaard en Uzman 2019.

¹⁸⁶ Sikkema 2007, p. 421.

¹⁸⁷ *Kamerstukken II*, 2012/13, 30 538, nr. 15, p. 4.

¹⁸⁸ Verslag EK 2015/2016, nr. 7, item 5, p. 2.

¹⁸⁹ Sikkema 2007, p. 411-439.

¹⁹⁰ *Ibidem*; Broeksteeg 2004, p. 147.

¹⁹¹ Bos, p. 591-592; De Jong 2005, p. 274-275.

Deze ongelijkheid en de feitelijke onhaalbaarheid van strafrechtelijke vervolging van centrale gezagsdragers lijkt bovendien de legitimiteit van de overheid te ondermijnen,¹⁹² dit omdat de wetgever stelt dat burgers vertrouwen dienen te hebben in ‘onkreukbaarheid’ van het gezag en dat zij worden beschermd tegen misbruik van dit gezag.¹⁹³

¹⁹² Sikkema 2007, p. 411-439.

¹⁹³ Wetshistorie MvT art. 119 Grw; Knapen en Louwerse 2019, p. 29.

6. Recapitulatie en conclusie

6.1 Inleiding

Is de Nederlandse strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen in overeenstemming met de opvatting van het EHRM over het recht op leven zoals vastgesteld in artikel 2 EVRM?

Dit is de onderzoeksvraag van deze scriptie en om deze te beantwoorden is jurisprudentie- en literatuuronderzoek verricht. Ten eerste is de historische context van voorstaande strafrechtelijke immuniteit onderzocht. Vervolgens is geanalyseerd en vastgesteld wat wordt verstaan onder het recht op leven ingevolge artikel 2 EVRM en de hieruit voortvloeiende positieve verplichtingen voor staten. Ten derde is het in 2015 door de Eerste Kamer verworpen wetsvoorstel Segers nader onderzocht en getoetst aan artikel 2 EVRM en de geldende Nederlandse strafuitsluitingsgronden. Op de vierde en laatste plaats is in deze scriptie antwoord gezocht op de vraag op welke wijze het doorwerken van strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen naar gezagsdragers zich verhoudt met artikel 2 EVRM.

In de volgende paragraaf komen in de recapitulatie de antwoorden op de deelvragen aan de orde. Deze dienen als fundament om tot slot in de conclusie het antwoord te formuleren op de in deze scriptie gestelde onderzoeksvraag.

6.2 Recapitulatie

De historische context van de in Nederland geldende strafrechtelijk immuniteit leert dat de HR onderscheid heeft gemaakt tussen 'soorten' publiekrechtelijk rechtspersonen en hun vervolgbaarheid. Dit komt met name naar voren uit de analyse van de *Pikmeer*-arresten en het *Volkel*-arrest. Wanneer de Staat of diens gezagsdragers tijdens het uitvoeren van een wettelijke taak een strafbaar feit plegen, zijn zij volgens het laatst genoemde arrest volledig immuun voor strafrechtelijke vervolging. Decentrale publiekrechtelijk rechtspersonen en bij hen in dienst zijnde personen zijn daarentegen in beginsel wel vervolgbaar.

De legitimiteit van het verschil is vooralsnog onduidelijk, omdat de HR zichzelf lijkt tegen te spreken. Dit blijkt op de eerste plaats doordat de HR in *Pikmeer-II* heeft beslist dat strafvervolgning van publiekrechtelijke rechtspersonen ‘op zichzelf’ niet in strijd is met andere sanctie-instrumenten. Tegenstrijdigheid blijkt eveneens uit het HR-arrest *Stichtse Vecht*. De tot dan toe geldende exclusieve taakstelling – die immuniteit met zich meebracht – werd in dit arrest genuanceerd. De HR besliste dat het exclusieve karakter van de verrichte feitelijk gedraging van belang is voor de vraag of een wettelijk taak als exclusief kan worden aangemerkt. Wanneer een derde deze feitelijke gedraging kan verrichten mag de onderliggende wettelijk taak van een publiekrechtelijk rechtspersoon niet meer worden gedefinieerd als een exclusieve taak. Bovendien lijkt deze taak te eroderen, omdat exclusieve taken zich verplaatsen van publiekrechtelijke rechtspersonen naar private partijen. Het ongewenste gevolg hiervan is dat er onduidelijkheid in de rechtspraak kan ontstaan over het toepassen van de strafrechtelijke immuniteit. Dit kan leiden tot rechtsongelijkheid voor justitiabelen, waardoor uiteindelijk het vertrouwen van de samenleving in het postief recht kan afnemen.

‘Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet (...)’ is het centrale element van artikel 2 EVRM en het geldt als actieve plicht voor staten om pro-actief op te treden wanneer een mensenleven op het spel staat. Uit de in deze scriptie onderzochte jurisprudentie van het EHRM komt naar voren dat een absolute veiligheid voor alle risico’s uit het dagelijks leven door een staat niet gegarandeerd hoeft te worden. Eveneens blijkt dat er geen allesomvattende uitspraak is van het EHRM, waarin is beslist dat strafrechtelijke immuniteit van een publiekrechtelijk rechtspersoon in strijd is met artikel 2 EVRM. Desalniettemin liggen in verschillende beslissingen van het Hof aanwijzingen besloten waaruit valt te concluderen dat voor strafrechtelijke immuniteit voor publiekrechtelijke rechtspersonen in het geheel geen plaats is. De eerste aanwijzing is te vinden in het arrest *Osman/Verenigd Koninkrijk*. Het Hof besliste dat staten de primaire plicht hebben om het strafrecht effectief te gebruiken om het recht op leven te beschermen.

Met name geldt dit wanneer een autoriteit op een beslissend moment wetenschap heeft gehad van een levensbedreigend risico en heeft nagelaten om maatregelen te nemen. Vanuit deze wetenschap vloeit voor een autoriteit eveneens een informatieplicht voort om burgers tijdig voor levensbedreigende risico's te informeren. Deze informatieplicht blijkt uit het arrest *Vilnes e.a./Noorwegen*. Wanneer dit wordt verzuimd en wanneer wetenschap bij een autoriteit over een dreigende inbreuk van artikel 2 EVRM aanwezig is, kan schending van het recht op leven worden aangenomen door het Hof. Met name wanneer er als gevolg van gebeurtenissen mensenlevens zijn te betreuren en door een autoriteit is nagelaten om pro-actief op te treden. Een tweede aanwijzing dat er voor strafrechtelijke immuniteit geen plaats is komt naar voren uit het arrest *Öneryildiz/Turkije*. Het Hof besliste: *'(...) ensuring that criminal penalties are applied where lives are lost as a result of a dangerous activity'*. Deze beslissing impliceert dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen de persoon en hoedanigheid van de dader. Dit lag eveneens besloten in het in eerste aanleg gewezen Turkse vonnis, waarin werd besloten om twee burgemeesters strafrechtelijk te veroordelen. Een derde laatste aanwijzing ligt besloten in het EHRM-arrest *Jordan/Verenigd Koninkrijk*. In dit arrest is beslist dat de rol van *'State official or authorities'* in geval van een strafbaar feit strafrechtelijk moet kunnen worden onderzocht.

Het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit was het primaire doel van het Wetsvoorstel Segers. Tegenstanders van het voorstel stelden dat de immuniteit in stand diende te blijven, omdat politieke en bestuurlijke verantwoording als sanctiemiddel de voorkeur geniet. Dit lijkt vanwege twee redenen in strijd te zijn met het *trias politica*-beginsel. Dit beginsel verlangt ten eerste scheiding der machten en hieruit vloeit voort dat iedere justitiabele gelijk zou moeten worden behandeld ingevolge het opportuniteitsbeginsel. Ongelijkheid ontstaat op de tweede plaats wanneer de officier van justitie tegen een privaatrechtelijk rechtspersoon vervolging gelast, en bij gelijklopende feiten en of omstandigheden vervolging bij een publiekrechtelijk rechtspersoon achterwege laat.

Daarnaast stelden de tegenstanders van het wetsvoorstel dat het strafrecht enkel als *ultimum remedium* ingezet diende te worden. Dit argument houdt geen stand omdat ingevolge de onderzochte literatuur in voorkomende gevallen het strafrecht als *optimum remedium* wordt gedefinieerd. Met name wanneer een complex strafbare gedraging uiteen moet worden gerafeld of als er een ernstige inbreuk is gemaakt op de lichamelijke integriteit. Hieruit volgt dat wanneer een publiekrechtelijk rechtspersoon is betrokken bij doodslag het strafrecht als procedure ingezet dient te worden. Politieke en of bestuurlijke procedures zijn in dergelijk gevallen minder geschikt om de waarheid te reconstrueren, omdat deze geen bijzondere opsporingsbevoegdheden bevatten.

Het Wetsvoorstel Segers had eveneens tot doel dat een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor een publiekrechtelijk rechtspersoon en ambtenaren zou worden opgenomen in het Wetboek van Strafrecht. Dit vanwege de 'plicht' welke een autoriteit in sommige gevallen heeft om op te treden en die kan leiden tot een strafbaar feit. Uit deze scriptie kan worden geconcludeerd dat deze bijzondere grond niets toevoegt aan de bestaande uitsluitingsgronden. Dit omdat een publiek rechtspersoon of een ambtenaar die ingevolge een wettelijke taak een strafbaar feit pleegt zich kan beroepen op de strafuitsluitingsgrond van een wettelijk voorschrift (artikel 42 Sr). Daarnaast lijkt de voorgestelde bijzondere strafuitsluitingsgrond in strijd te zijn met het recht op leven ingevolge artikel 2 EVRM. Dit omdat door het EHRM in het arrest *Öneryildiz/Turkije* is beslist dat een *state official* strafrechtelijk aansprakelijk gesteld moet kunnen worden. Het voornemen tot het opnemen van een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor publiekrechtelijke rechtspersonen en diens ambtenaren lijkt deze beslissing van het Hof te ondermijnen. Al met al lijkt het opnemen van een bijzondere strafuitsluitingsgrond dus niet bij te dragen aan het in evenwicht brengen van nationale wetgeving met jurisprudentie van het EHRM.

(De)centrale gezagsdragers van publiekrechtelijke rechtspersonen lijken in Nederland vooralsnog immuun voor strafrechtelijke vervolging wanneer onder hen gezag een strafbaar feit wordt gepleegd als gevolg van het uitvoeren van een wettelijke taak.

Vervolging stuit tot heden af op de door de HR in de *Pikmeer*-arresten en het *Volkel*-arrest geformuleerde strafrechtelijke immuniteit. Daarnaast kan worden geconcludeerd dat de procedure voor vervolging van centrale gezagsdragers ‘feitelijke’ immuniteit met zich mee brengt. De officier van justitie staat in deze procedure buitenspel, omdat enkel tot vervolging kan worden besloten door een besluit van de Kroon of de Tweede Kamer. *De facto* wordt de vervolgingsbeslissing van centrale gezagsdragers dus genomen door politici en niet door een functionaris die ingevolge kennis, vaardigheden en bevoegdheden hiermee belast zou moeten zijn. Bovendien beschikt deze politieke procedure niet over dezelfde ingrijpende bevoegdheden en is aldus niet effectief genoeg om van een ernstig gepleegd delict de feiten en omstandigheden te reconstrueren.

6.3 Conclusie

Terug naar de onderzoeksvraag uit paragraaf 1.3 van deze scriptie. Is de Nederlandse strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen in overeenstemming met de opvatting van het EHRM over het recht op leven zoals vastgesteld in artikel 2 EVRM?

Geconcludeerd moet worden dat dit niet het geval is. De HR heeft in de *Pikmeer*-arresten en het *Volkel*-arrest strafrechtelijke immuniteit vastgesteld voor publiekrechtelijke rechtspersonen en hun gezagsdragers bij het uitvoeren van een exclusieve taak. De Staat is in het geheel niet vervolgbaar en decentrale rechtspersonen zijn – zoals wordt bevestigd in het HR-arrest *Stichtse Vecht* – vervolgbaar afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het EHRM maakt dit onderscheid niet en uit de arresten *Jordan/Verenigd Koninkrijk* en *Öneryildiz/Turkije* blijkt dat er genoeg ruimte is om de rol van een ‘*State official*’ of ‘*authorities*’ strafrechtelijk te kunnen onderzoeken. Bovendien lijkt de Nederlandse strafrechtelijke procedure voor het onderzoeken en vervolgen van gezagsdragers van centrale publiekrechtelijke rechtspersonen en haar gezagsdragers onhaalbaar. Dit omdat de Nederlandse procedure complex is en de beslissing omtrent vervolging wordt gemaakt door politici.

Gevolg hiervan is dat de strafrechtelijke procedure als effectief middel om de waarheid te achterhalen op voorhand buiten spel staat ten gunste van politieke en bestuurlijke verantwoordingsmechanismen. Dit is tot slot, in strijd met het recht op leven ingevolge artikel 2 EVRM omdat het systeem van de wet volgens het arrest *Jordan/Verenigd Koninkrijk* effectief moet zijn ingericht, teneinde strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een ieder mogelijk te maken.

Geraadpleegde literatuur

Adriaense 2010

D. Adriaense, *Het gebruik van private militaire ondernemingen in conflictgevoelige gebieden* (masterscriptie Universiteit Gent), 2010, p. 1.

Alkema 2004

E.A. Alkema, annotatie bij EHRM 30 november 2004.

ECLI:NL:XX:2004:AS2641, NJ 2005/210 (*Öneryildiz/Turkije*).

Alkema 1985

E.A. Alkema, annotatie bij EHRM 26 maart 1985.

ECLI:NL:XX:1985:AC8813, NJ 1985/525 (*X en Y/Nederland*).

Baard, *Algemeen Dagblad* 28 oktober 2019

L. Baard, 'Klokkenluider doet aangifte tegen de staat om vuurwerkcramp Enschede', *Algemeen Dagblad* 28 oktober 2019.

Bahara, *De Telegraaf* 10 augustus 2019

H. Bahara, 'Nabestaanden van in Uruzgan omgekomen militair houden Defensie verantwoordelijk', *De Telegraaf* 10 augustus 2019.

Barentsen en Van de Bunt 2016

B. Barentsen en J. van de Bunt, 'Een vergoeding voor chroom VI slachtoffers bij Defensie', *NJB* 2016/2219, p. 3166-3174.

Barkhuysen en Van Emmerik 2009

T. Barkhuysen en M.L. Van Emmerik, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid', *AB Klassiek* 2009 31.

Barkhuysen en Van Emmerik 2005

T. Barkhuysen en M.L. Van Emmerik, annotatie bij EHRM 1 maart 2005
ECLI:NL:XX:2004:AT7354, AB 2006/274 (*Bône/Frankrijk*).

Barkhuysen en Van Emmerik 2004

T. Barkhuysen en M.L. Van Emmerik, annotatie bij EHRM 30 november 2004.
ECLI:NL:XX:2004:AS2641, AB 2010/85 (*Öneryildiz/Turkije*).

Besse, *Algemeen Dagblad* 19 april 2004

A. Besse, 'Justitietop voorkwam rechtszaak vuurwerkcramp', *Algemeen Dagblad* 19 april 2004.

Boogaard en Uzman 2019

G. Boogaard en J. Uzman, Commentaar op artikel 119 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2019 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

Boom, *De Groene Amsterdammer* 19 oktober 2007

J. Boom, 'De private militaire industrie, Verslaafd aan huurlingen, Het Blackwater-bloedbad in Bagdad heeft Amerika wakker geschud. De privatisering van de oorlog is op hol geslagen', *De Groene Amsterdammer* 19 oktober 2007.

Boonstra, *Binnenlands Bestuur* 6 september 2019

W. Boonstra, 'Wees alert op etnisch profileren, Buurpreventieteams', *Binnenlands Bestuur* 6 september 2019.

Bos 1976

J.T.K. Bos, 'Vervolgning en opsporing door de P.-G.', *NJB* 1976/18, p. 591-592.

Brants en De Lange 1996

C.H. Brants en R. de Lange, *Strafvervolgving van overheden*, Deventer: Quint 1996, p. 46 en 60.

Brinkhoff, *Open Universiteit* 15 november 2018

S. Brinkhoff, 'Is burgerparticipatie bij opsporing riskant?', *Open Universiteit.nl* 15 november 2018.

Brinkhoff 2019

S. Brinkhoff, 'Politie, Burgerparticipatie in opsporing: de opmaat naar een amateur politiestaat of waardevol hulpmiddel voor de politie', *DD* 2019/29.

Broeksteeg 2004

J.L.W. Broeksteeg, *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2004.

Broeksteeg e.a. 2000

J.L.W. Broeksteeg e.a., 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van ministers: ruime verantwoordelijkheid, beperkte vervolgbaarheid', *NJB* 2000, p. 966.

Brouwer 2008

H.N. Brouwer in: *Burgerparticipatie en Burgeropsporing* (Eerste Gonsalveslezing), Den Haag: 15 februari 2008.

Buruma 2019

Y. Buruma, 'Ondermijning en veerkracht van de rechtstaat', *NJB* 2019/2264, afl. 37 p. 2783.

Clevers, *Algemeen Dagblad* 21 november 2018

R. Clevers 2018, 'Strafrechtelijke onderzoek naar Tilburgs chroom 6 schandaal', *Algemeen Dagblad* 21 november 2018.

Cornelissens en Ferweda 2010

A. Cornelissens en H. Ferweda, *Burgerparticipatie in opsporing, Een onderzoek naar de aard, werkwijzen en opbrengsten*, Amsterdam: Read Business 2010. p. 9.

Corstens 1994

G.J.M. Corstens, annotatie bij HR 25 januari 1994.
ECLI:NL:HR:1994:ZC9616, NJ 1994/598 (*Volkel*).

Crijns en Kool 2017

J. H. Crijns en R.S.B. Kool, 'Afscheid van de strafrechtelijke procedure?' in: *Afscheid van de strafrechtelijke procedure. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2017-I), Deventer: Wolters Kluwer 2017/I, p. 294.

Crince le Roy en Wijling 2018

R.R. Crince le Roy en R.A. Wijling, 'Recht op strafvervolgning van de overheid?' *Gst.* 2018/45, p. 222-232.

De Groot 2019, *Vrij Nederland* 25 maart 2019

M. de Groot, 'Burgerrechercheurs: bondgenoten van de politie of zelfbenoemde rechters?', *Vrij Nederland* 25 maart 2019.

De Haan e.a. 1998

P. de Haan, e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 1998, p. 423.

De Hullu 1998

J. de Hullu, annotatie bij HR 6 januari 1998.
ECLI:NL:HR:1998:AA9342, NJ 1998, 367 (*Pikmeer II*).

De Jong 2017

T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten* (diss. Leiden University), Leiden: Wolters Kluwer 2017.

De Jong 2005

D.H. de Jong, 'Corruptie en strafrecht. De rol van het strafrecht bij het bewaken van de integriteit van het openbaar bestuur in de verschillende landen van het koninkrijk', in: A. Jordaans e.a. (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 274-275.

De Valk 2009

S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009, p. 430, 437 en 547.

De Wijkerslooth e.a. 2010

Publiek geheim (Rapport van de commissie Prinsjesdagstukken opgesteld in opdracht van de Tweede Kamer), bijlage bij *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 173, nr. 2.

De Wijkerslooth en Simonis 2004

J.L. de Wijkerslooth en J. Simonis, 'De vervolgbaarheid van ministers en staatssecretarissen', *NJB* 2004, afl. 13, p. 672-678.

De Wilde 2016

B. de Wilde, 'De rol van positieve verplichtingen bij de totstandkoming van Nederlandse strafwetgeving', *NTM/NJCM-bull.* 2016/10.

Dirks 2015, de Volkskrant 27 oktober 2015

B. Dirks 2015, 'Wie durft straks nog een vergunning af te geven?', *de Volkskrant* 27 oktober 2015.

Duin e.a. 2017

J. Duin e.a., 'Strafrechtelijke vervolging van leden van de Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen, Hoe nu verder?', *NJB* 2017/667, p. 790-799.

Elzinga 2018

D.J. Elzinga, 'Kramp moet af van private beveiliging', *Binnenlandsbestuur*, 31 augustus 2018.

Entius 2007

P. Entius, 'Concurrentie in veiligheidsland? Een verkenning van ontwikkelingen in publieke en private uitvoering van veiligheidstaken (masterscriptie School voor openbaar bestuur)', 2007, p. 10-22.

Gijselaar en De Jong 2016

E.C. Gijselaar en E.R. de Jong, 'Overheidsfalen en het EVRM bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid', *NTBR* 2016/6, par. 3.6.2.

Grimmelikhuijzen 2015

D.G.J. Grimmelikhuijzen, 'Grove schuld. Over de betekenis van verwijtbaarheid bij commune culpoze delicten', *DD* 2015/68.

't Hart 1996

A.C. 't Hart, annotatie bij HR 23 april 1996.

ECLI:NL:HR:1996:ZD0429, *NJ* 1996, 513 (*Pikmeer I*).

Hirsch Ballin 2019

M. Hirsch Ballin, 'Strafrecht moet duidelijker normeren', *Mr. Magazine* nr. 9 2019, p. 31.

Hornman e.a. 2019

Hornman e.a., 'Stichtse Vecht en de vervolgbaarheid van overheden voor dodelijke ongelukken', *NJB* 2019/579, p. 722-728.

Hornman 2019

M.J. Hornman, 'De immuniteit van de feitelijk leidinggever na NJ 2018/134 (stichtse Vecht). Een analyse in het licht van de uit artikel 2 EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen', *TBS&H* 2019, afl. 1, p. 3-11.

Huberts e.a. 2005

L.W.J.C. Huberts e.a., *Overtredende overheden; op zoek naar de omvang en oorzaken van regelovertreding door overheden*, Den Haag: Boom 2005, p. 9, 160, 169.

Huberts en Nelen 2005

L.W.J.C. Huberts en J.M. Nelen, *Corruptie in het Nederlandse bestuur; Omvang, aard en afdoening*, Utrecht: Lemma 2005.

Jak 2016

N. Jak, 'Semipublieke instellingen en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: een verkenning', *NTB* 2016/8, p. 56-65.

Jansen e.a 2012

T. Jansen e.a., *Gezagdragers De publieke zaak op zoek naar haar verdedigers*, Amsterdam: Boom, 2012, p.12.

Jong 2007

W. Jong, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid in tijden van incident-politiek', *NJB* 2007/1726.

Kleiman e.a. 1995

W.M. Kleiman e.a., *Overtredende overheden*, Den Haag: WODC 1995, p. 23.

Kleijnijenhuis, Trouw 14 november 2019

J. Kleinnijenhuis, 'Kamer onderzoekt strafvervolging Menno Snel en ambtenaren', *Trouw* 29 november 2019.

Keijzer 2018

N. Keijzer, annotatie bij HR 20 februari 2018.

ECLI:NL:HR:2018:236, *NJ* 2018/134 (*Stichtse Vecht*).

Keijzer 2015

N. Keijzer, annotatie bij EHRM 20 november 2014.

ECLI:NL:XX:2014:543, *NJ* 2015/142 (*Jaloud/Nederland*).

Kop 2016

N. Kop, 'Burgerparticipatie in de opsporing: kunnen we een treetje hoger?', *Het Tijdschrift voor de Politie* jg. 78/nr. 7/16, p. 27-30.

Kortmann 2015 Stibbelog 27 oktober 2015

S. Kortmann, 'De overheid voor het (straf)hekje?', *Stibbelog.nl* 27 oktober 2015.

Krispijn 2010

A.E. Krispijn, 'Vervolging van ministers voor het ontstaan van de Schipholbrand', *Bb* 2010, 9.

Louwerse 2019

M. Knapen en P. Louwerse, 'Elkaar vliegen afvangen, daar heb ik niet zoveel mee', *Mr. Magazine* november 2019, p. 29.

Lubach 2010

R.D. Lubach 'Aansprakelijkheid van leidinggevend en naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven (proefschrift van mr. S.N. de Valk)', *MenV* 2010, nummer 1, p. 97-100.

Mersbergen, *Algemeen Dagblad* 7 december 2019

S. van Mersbergen, 'Spoedhulp gered door sluiten wijkbureau's, Burgermeesters luiden noodklok over politie, *Algemeen Dagblad* 7 december 2019, p. 1.

Michiels e.a. 1998

Michiels e.a., *Handhaven op niveau*, (Commissie Bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke Handhaving; commissie-Michiels), Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 5, 143 169.

Misérus en Righton, *De Volkskrant* 21 maart 2018

M. Misérus en N. Righton 'Er moeten koppen rollen, vinden ze: nabestaanden omgekomen militairen doen aangifte tegen Defensie', *De Volkskrant* 21 maart 2018.

Moerman 2019

E.M. Moerman, 'Burgers in het digitale opsporingstijdperk', *NJB* 2019/94.

Moerman 2016

E.M. Moerman, *Inburgeren in de opsporing Over de juridische positie van de burger in de opsporing van strafbare feiten* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), Rotterdam: 2016 Erasmus Universiteit, p. 15.

Mulder 1963

A. Mulder, 'De gemeenten en de verbodsbepaling van artikel 17 van de Wederopbouwwet', *De Nederlandse Gemeente* 1963, p. 517-521.

Keulen en Knigge 2009

B.F. Keulen en G. Knigge, *Strafprocesrecht*, 12^e druk, Kluwer: Deventer 2010, p. 9.

Knoops 2019

G.G.J.A. Knoops, 'De zorgplicht van de Staat: doorwerking naar de strafrecht- en letselschadepraktijk (bijdrage naar aanleiding van het LSA-symposium 25 januari 2019)', *VR* 2019/142.

Knoops, *NRC* 17 augustus 2012

'Waar blijven die privébewakers? Ook Nederland moet private begeleiders inzetten om schepen te beschermen, zo stelt Geert Jan Knoops', *NRC* 17 augustus 2012.

Ramesar, *Trouw* 15 mei 2013

P. Ramesar 'Het geweldsmonopolie ligt al eeuwen bij de overheid', *Trouw* 15 mei 2013.

Peters 1997

J.A.F. Peters, 'Wordt vervolgd? Over de criteria gebruikt bij het beleid inzake vervolging van overheden', *NTB* december 97/10, p. 379-389.

Reijntjes 2013

J.M. Reijntjes, annotatie bij HR 24 september 2013.
ECLI:NL:HR:2013:765, *NJ* 2014/241 (*Probo Koala*).

Roef 2018

D. Roef, 'De strafrechtelijke positie van de overheid anno 2018: een stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2018, afl. 3, p. 113-114.

Roef 2012

D. Roef, 'De immuniteit van overheden: een stand van zaken in EVRM-perspectief', *Strafblad* juli 2012, p. 185-194.

Roef 2001

D. Roef, *Strafbare Overheden. Een rechtsvergelijkende studie naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring* (diss. Maastricht), Antwerpen-Groningen: Intersentia 2001, p. 282-384. 392, 397-398.

Roelvink e.a. 2002

H.L.J. Roelvink e.a., *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat* (Rapport commissie-Roelvink), bijlage bij *Kamerstukken II* 2007/08, 30 538, nr. 9.

Scheltema en Scheltema 2008

M.W. Scheltema en M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 28.

Schildkamp, *Algemeen Dagblad* 9 juni 2015

V. Schildkamp, 'Slachtoffers monstertruck: ook gemeente vervolgen', *Algemeen Dagblad* 9 juni 2015.

Sikkema 2007

E. Sikkema, 'Hoge bomen vangen (nog) geen wind. Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van ministers, vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en de positie van de minister van Justitie', in: B.F. Keulen, G. Knigge & H.D. Wolswijk (red.), *Pet af: liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 411-439.

Soeteman 2019

J. Soeteman, 'De kwaliteit van het strafrecht kalft af', *Mr.Magazine* 2019 nr. 5, p. 31.

Spronken 2013

T. Spronken, 'Opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van de Staat: bijten in eigen staart?', *NJB* 2013/1343, afl. 22, p. 1439.

Stamhuis 2014

E.F. Stamhuis, 'Opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid', *TvCR* oktober 2014, p. 317, 319, 322.

Stichting Maatschappij en Veiligheid 2016

Voorstel tot opheffing van strafrechtelijke immuniteit overheid 2016, maatschappijenveiligheid.nl september 2016, 1-3.

Torringa 1984

R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen* (diss. RuG), Arnhem: Gouda Quint 1984.

Uildriks 2013

N. Uildriks, 'Het geweldsmonopolie in stand houden en het geweld tegen de politie indammen', *Het Tijdschrift voor de Politie*, jg.75 nr.3, p. 16.

Van Kempen 2019

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Hooggeplaatste politici, corruptie en de functie van het strafrecht. Sociaalwetenschappelijke wetenswaardigheden en juridische suggesties voor de commissie-Fokkens en het parlement', *DD* 2019/17.

Van Kempen 2018

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Repressie door Mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten', Nijmegen 2008: Wolf Legal Publishers, p. 29.

Van Lieshout, *De Volkskrant* 21 oktober 2019

M. van Lieshout, 'Boa's krijgen middelen om zich te verdedigen', *De Volkskrant* 21 oktober 2019.

Van de Westelaken 2010

R. van de Westelaken, 'Het EVRM als wapen tegen straffeloosheid, Over het recht van slachtoffers van ernstige mensenrechtenschendingen op een effectieve strafrechtelijke aanpak van de dader', *NTM/NJCM-bull.* 2010, p. 135, 139, 143 en 151.

Van der Burg en Klerks 2019

G. van der Burg en P. Klerks 2019, *Essentie van politiewerk: visie van het Openbaar Ministerie* (Cahiers Politiestudies 2019-1, nr. 50), 2019 Compel&Svacina, p. 205-209.

Van der Naald en Van Gelder, *Algemeen Dagblad* 9 november 2018

N. van der Naald en H. van Gelder, 'Burgerwacht Nederbetuwe is 24 uur per dag paraat via WhatsAppgroep' *Algemeen Dagblad* 9 november 2019.

Van der Vorm 2008

B. van der Vorm, 'De opheffing van strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen in relatie tot het fenomeen bestuursrechtelijke immuniteit', *DD* 2008/42.

Van der Wal, *Parool* 27 mei 2019

C. van der Wal, 'Advocaten: Opsporing moet je niet overlaten aan amateurs', *Parool* 27 mei 2019.

Van Sliedregt 2013

E. van Sliedregt, 'Immuniteit van de Staat: de houdbaarheid voorbij?' in: *Immuniteten. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2013-I), Deventer: Wolters Kluwer 2013/I, p. 145, 147, 163, 201, 202.

Van Steden en Boutelier 2008

R. Van Steden en H. Boutelier, 'Alles onder controle, De privatisering van de veiligheid in Nederland', *Het tijdschrift voor de politie* jg. 70 (mei) 2008, p. 26-27.

Van Tolen, *De Telegraaf* 10 augustus 2019

O. van Tolen, 'Claim om Uruzgan, familie gedode militair stelt Defensie aansprakelijk na grove fouten', *De Telegraaf* 10 augustus 2019, p. 1-3.

Van Tolen, *De Telegraaf* 29 maart 2019

O. van Joolen, 'Nieuwe onthullingen over eigen vuur doden Uruzgan' *De Telegraaf* 29 maart 2019.

Van Tolen, *De Telegraaf* 13 januari 2018

O. van Joolen, 'Korte training missie werd militairen fataal', *De Telegraaf* 13 januari 2018.

Verlaan, NRC 7 oktober 2005

J. Verlaan 2005, 'De ambtenaar kan zich niet meer verschuilen', *NRC* 7 oktober 2005.

Wolswijk 2016

H.D. Wolswijk, annotatie bij HR 26 april 2016.

ECLI:NL:HR:2016:733, *NJ* 2016/375 (*Feitelijk leidinggeven*).

Woltjer 2004

A.J.Th. Woltjer, annotatie bij EHRM 30 november 2004.

ECLI:NL:XX:2004:AS2641 (*Öneryildiz/Turkije*).